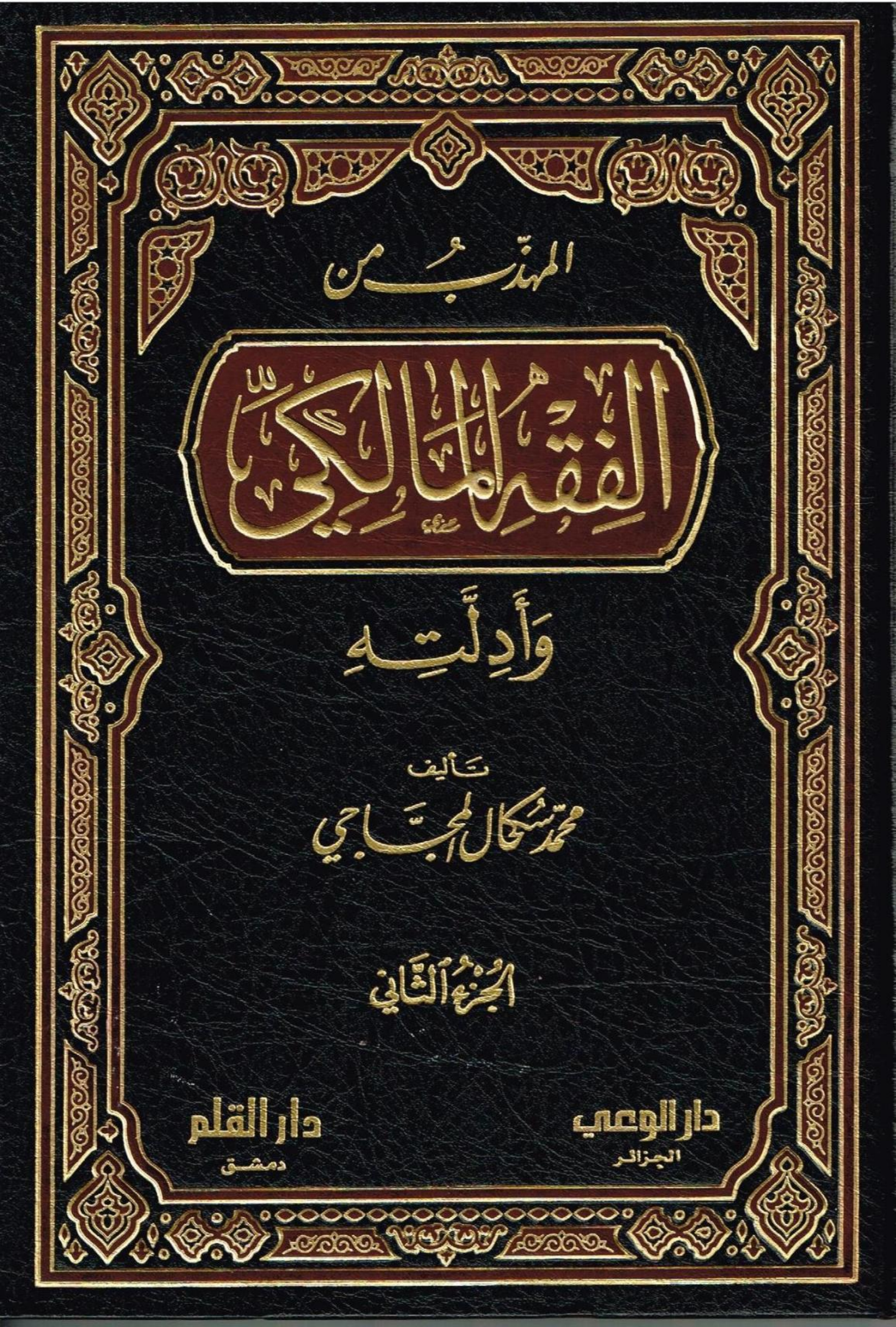

المهذب من
الفقه المالكي
وأدلته
تأليف
محمد سكحال المجاجي
الجزء الثاني
دار الوعي
الجزائر
دار القلم
دمشق



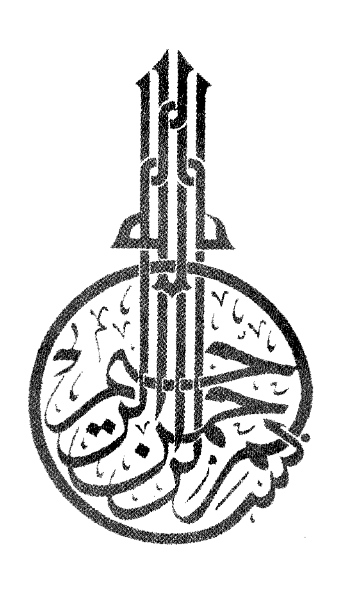
تأليف

محمد سكال المجاجي

الجزء الثاني



دار الوعي
الجزائر


بسم الله الرحمن الرحيم


المهذب من
الفقه المالكي
وأدلته
٢

الطَّبْعَةُ الأُولَى
١٤٣١هـ - ٢٠١٠م

تُطلب جميع كتبنا من:
دار القلم - دمشق
هاتف: ٢٢٢٩١٧٧ فاكس: ٢٤٥٥٧٣٨ ص.ب: ٤٥٢٣
www.alkalam-sy.com
الدار الشامية - بيروت
هاتف: ٨٥٧٢٢٢ (٠١) فاكس: ٨٥٧٤٤٤ (٠١)
ص.ب: ١١٣/٦٥٠١
توزّع جميع كتبنا في السعودية عن طريق:
دار البشير - جدّة
٢١٤٦١ ص.ب: ٢٨٩٥ هاتف: ٦٦٠٨٩٠٤ / ٦٦٥٧٦٢١

دار الوعي للنشر والتوزيع
حي الثانوية رقم 142 ب
الرويبة - الجزائر
هاتف وفاكس: 00213 21854710/15
بريد الكتروني: elwaai06@hotmail.com




كتاب النكاح

النِّكاحُ مندوبٌ إليهِ في الجُمْلةِ، لإعفافِ النَّفسِ وطلبِ النَّسلِ(١).

ويُستحبُّ خِطبةُ المَرْأةِ قَبْلَ العَقْدِ، من نفْسِها أو أهْلِها، كما تُستحبُّ الخُطْبةُ فيها وفي العَقْدِ.

وشَرْطُ المخطُوبةِ: أن تكونَ غيرَ مُحرَّمةٍ على الخاطِبِ تحريماً مؤبَّداً، ولا مؤقَّتاً. وأن تكونَ غيرَ مخْطوبةٍ من رجلٍ قدْ ركنتْ إليهِ،

---

(١) لقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾ [النور: ٣٢]. **والأيامى:** جمع أيِّم وهو في الذكر والأنثى من لا زوج له. ولقوله ﷺ: «**يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ اسْتَطَاعَ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ، فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ**». أخرجه الشيخان عن ابن مسعود. **الباءة:** مؤن النكاح وتبعاته من المهر والنفقة. **وِجاء:** الوجاء أن تُرضَّ أنثيا الفحل رضّاً شديداً يذهب شهوة الجماع. واستعير في الحديث للصوم لما بينهما من المشابهة، فإن الصوم يكسر الشهوة ويسكنها كالوجاء.

والأمر في الآية والحديث مصروف إلى الندب بقرائن يطول شرحها، وهو الأصل في حكم النكاح كما ذكرت، وقد يعرض له ما يجعله في بعض الأشخاص أو الأحوال واجباً أو حراماً أو بينهما. **فيجب** على من يخاف على نفسه العنت، ويقدر على النكاح؛ لأن العفة عن الفاحشة فرض، وقد تعين النكاح سبيلاً إليها، فوجب وجوب الوسائل. **ويحرم** على من يأمن على نفسه العنت ويعلم من نفسه أنه يظلم الزوجة ولا يقيم معها حدود الله.

إِلَّا أن يَكُونَ فاسِقاً[١]. ويُفسخُ عَقدُ الثَّاني، ما لم يَدخلْ بها، فإن دَخلَ فاتَتْ على الأَوَّل[٢].

---

(١) والأصل في حرمة خطبة المرأة المخطوبة، ما رواه مالك من حديث أبي هريرة وحديث ابن عمر كليهما: أن رسول الله ﷺ قال: **«لَا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ»**. والحديث يدل بإطلاقه على حرمة جميع المخطوبات، غير أن مالكاً قصره على الراكنات دون غيرهن، وبيَّن وجه ذلك بقوله إثر الحديث السابق: وتفسير قول رسول الله ﷺ فيما نرى ـ والله أعلم ـ: **لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه**: أن يخطب الرجل المرأة، فتركن إليه، ويتفقان على صداق واحد معلوم، وقد تراضيا، فهي تشترط عليه لنفسها، فتلك التي نهى أن يخطبها الرجل على خطبة أخيه، ولم يَعْنِ بذلك إذا خطب الرجل المرأة ولم يوافقها أمره، ولم تركن إليه أن لا يخطبها أحد، فهذا باب فساد يدخل على الناس. اهـ. ويدل لما ذهب إليه مالك أيضاً حديث فاطمة بنت قيس في قصة طلاقها من زوجها الأول، ففيه أن النبي ﷺ أمرها أن لا تنكح أحداً بعد انقضاء عدتها حتى تستأذنه، فلما أخبرته بانقضاء عدتها قالت: إن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم بن هشام خطباها، فأمرها أن تنكح أسامة بن زيد. أخرجه مالك ومسلم، وفي رواية لمسلم أنها ذكرت أسامة أيضاً في من خطبوها. ولم يثبت أنه ﷺ أنكر تتابع الخُطَّاب عليها.

● **تنبيه:**

مقتضى كلام مالك السابق، أن الركون لا يكون إلا بعد الاتفاق على الصداق، وبه قال ابن نافع من أصحابه. ومشى الشيخ خليل في «مختصره» على قول ابن القاسم من عدم اشتراط ذلك، فقال: وَحَرُمَ خِطْبَةُ رَاكِنَةٍ لِغَيْرِ فَاسِقٍ، وَلَوْ لَمْ يُقَدَّرْ صَدَاقٌ. اهـ.

(٢) اختلفت الرواية في المذهب في هذه المسألة، والذي يتحصَّل فيها ثلاثة أقوال:

الأول: يفسخ النكاح مطلقاً. وهو قول ابن نافع، ورواه ابن المواز عن مالك، واستظهره القاضيان ابن القصار وعبد الوهاب.

....

= **الثاني**: لا يفسخ مطلقاً. وهو قول جمهور العلماء، وجمهور أصحاب مالك؛ ابن القاسم وابن وهب وابن الماجشون. زاد سحنون عن القاسم: ويؤدب فاعله.

الثالث: يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده وبئس ما صنع. قال ابن عبد البر في «التمهيد»: هو تحصيل مذهب مالك. ونحوه في «الكافي»، واقتصر عليه الشيخ خليل في «مختصره».

وجه القول بالفسخ مطلقاً: أن هذا نكاح ورد النهي عنه، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه إذا كان عقداً أو عبادة، وإذا وقع النكاح فاسداً لم تحصل به استباحة، وكان مستحقّاً للفسخ على كل حال؛ لقوله ﷺ: «**مَنْ عَمِلَ عَمَلاً لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ**». ولأن حق الأول تعلَّق بها بعد الركون، فأشبه نكاحُها بتلك الحال نكاحَها في عدتها من طلاق أو وفاة. ولأن في تقريره إبقاء لسبب التقاطع وفساد ذات البين، وهو لا يجوز.

ووجه القول بعدم الفسخ: أن ما تقدَّم على العقد غير معتبر فيه، فلا يؤثر في فساده. ولأن النهي إذا كان لمعنى في غير المعقود عليه لم يمنع من الصحة، كالنهي عن أن يسوم الرجل على سوم أخيه. فإن لم يُسلَّم هذا، قيل: إن النهي ورد عن الخطبة دون العقد، وهي لا تقبل الفساد ولا الفسخ، فكان العقد بعدها صحيحاً لا وجه لفسخه. ولأن الأول لم يملك منها شيئاً بالخطبة، ولها أن تمتنع من نكاحه بعد أن يفارقها الثاني، فلم تحصل الفائدة في القضاء عليه بالفسخ.

ووجه التفريق بين ما قبل الدخول وما بعده: أن فسخ العقد ليس مستحقّاً لفساد فيه، بل لتقديم حق الخاطب الأول في نكاحها، كنكاح امرأة المفقود إذا ظهر بعد الحكم، وذلك يمكن إدراكه قبل الدخول؛ لأنه لا يلزمه بفراقها شيء كما لو لم يعقد عليها أصلاً، بخلاف ما بعده فإن فيه وجوب الصداق كاملاً، مع ما ينقصها بإتلاف البضع، وحصول الثيوبة إن كانت بكراً. =

ويجوزُ التَّعريضُ بخِطْبةِ المُعتَدَّة دونَ التَّصريحِ(١).

• فرع:

وعلى القول بعدم الفسخ، قال ابن وهب: يستحب له أن يتوب من فعله، ويعرضها على خاطبها الأول، فإن حلله رجوْتُ له في ذلك مخرجاً، وإن أبى فليفارقها، فإن نكحها الأول وإلا فلهذا أن يأتنف معها نكاحاً. وقال ابن القاسم: إن لم يحلله فليستغفر الله تعالى ولا شيء عليه. رواه عنهما عيسى بن دينار في «العتبية».

(١) لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ ۚ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ۚ وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ ۚ﴾ [البقرة: ٢٣٥]. دلت الآية على ثلاثة أحكام:

الأول: إباحة التعريض بخطبة المرأة المعتدة. وتخصيصُ النساء بالمعتدات مستفاد من السياق، إذ سيقت الآية في بيان عدة المتوفى عنها زوجها، ولقوله بعد ذلك: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ ...﴾ والتعريض كقوله لها: إني فيك لراغب؛ إنك لمن خير النساء؛ عسى أن يسوق الله لك خيراً... والإهداء إليها من التعريض الفعلي. والمعتدة من طلاق بائن كذلك في الحكم، لعدم الفرق بينهما، أما الرجعي فلا يحل لأحد أن يعرض لها بمثل ذلك في أثناء العدة منه؛ لأنها لم تزل في حكم الزوجة.

الثاني: تحريم التصريح بالخطبة ومواعدتها أو وليها بذلك. وهو معنى قوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾. قال القرطبي: أي لا يقل الرجل للمعتدة: تزوجيني، بل يعرض إن أراد، ولا يأخذ ميثاقها وعهدها أن لا تنكح غيره في استسرار وخفية. اهـ. والوعد بذلك من جانب واحد فقط لا يحرم بل يكره.

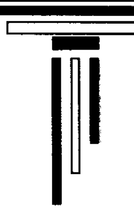
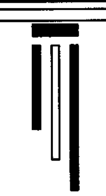
الثالث: تحريم نكاح المعتدة. وهو معنى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ ...﴾. وهو يخص غير زوجها الذي طلقها، أما هو فيحل له أن يجدد نكاحها في عدتها؛ لأن تحريم النكاح على غيره في هذه الحال، إنما كان من أجل حقه.

ويُستحبُّ اختيارُ ذاتِ الدِّينِ والنَّسبِ الكريم، والنَّظرُ إلى وجهِ المخطوبَةِ وكفَّيْها؛ لقصْدِ التَّعرُّفِ على ما يدعُوه إلى نكاحِها. وليُعْلِمْها، ولا يَستغْفِلْها[١]. وهي فيما وراءَ ذلك أجنبيةٌ؛ لا يحلُّ له الخُلوةُ بها، ولا السَّفرُ معها.

* * *

---

(١) أما استحباب اختيار ذات الدين، فلقوله ﷺ: «**تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ؛ لِمَالِهَا، وَلِحَسَبِهَا، وَجَمَالِهَا، وَلِدِينِهَا. فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ!**». أخرجه الشيخان عن أبي هريرة. وأما استحباب النظر إلى المخطوبة، فلحديث أبي هريرة قال: كنت عند النبي ﷺ، فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار، فقال له رسول الله ﷺ: «**أَنَظَرْتَ إِلَيْهَا؟**» قال: لا، قال: «**فَاذْهَبْ فَانْظُرْ إِلَيْهَا فَإِنَّ فِي أَعْيُنِ الأَنْصَارِ شَيْئاً**». أخرجه مسلم. وأجمع العلماء على إباحة النظر إلى المخطوبة. وكراهة الاستغفال مبنية على سد الذريعة إلى الفساد، وهي رواية ابن القاسم، فإن لكل ناظر إلى امرأة أن يزعم أنه يريد خطبتها. وأجاز ابن وهب الاستغفال؛ لحديث جابر: أن رسول الله ﷺ قال: «**إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمُ الْمَرْأَةَ، فَإِنِ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا، فَلْيَفْعَلْ**». قال: فخطبت جارية، فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها، فتزوجتها. أخرجه أبو داود. وضعفه ابن القطان في «أحكام النظر».

باب أركان النكاح

أركانُ النِّكاحِ أرْبعةٌ: الزَّوْجُ، والزَّوْجةُ، والوَليُّ، والصِّيغةُ.

وشرْطُ الزَّوْجِ: أن يكونَ مُسلماً، غيرَ مُحرِمٍ بحجٍّ ولا عُمرةٍ[(١)]. **وشرْطُ الزَّوْجةِ**: أن تكونَ مُسلمةً أو كتابيَّةً[(٢)]، غيرَ محرَّمَةٍ على الزَّوْجِ؛ حُرْمةً مؤبَّدةً ولا مؤقَّتةً. ولا يُشترطُ في أحدٍ منْهما البُلوغُ، ولا العَقْلُ، ولا الرُّشدُ، بلِ السَّلامةُ من مرضٍ يُخافُ منه الموْتُ.

---

(١) فلا يجوز نكاح المحرم لنفسه، كما لا يجوز توليه نكاح غيره بطريق الولاية أو الوكالة؛ لقوله ﷺ: «**لَا يَنْكِحِ الْمُحْرِمُ، وَلَا يُنْكِحُ، وَلَا يَخْطُبُ**». أخرجه مالك ومسلم من حديث عثمان بن عفان. وفيه قصة.

(٢) لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥]. **المحصنات**: الحرائر. فدلت الآية على إباحة ذبائح أهل الكتاب من اليهود والنصارى، ونكاح نسائهم الحرائر دون الإماء المملوكات. وهي مخصصة لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١]. وأجمع العلماء على الجواز إلا ما يروى عن ابن عمر من تحريم ذلك.

وروى ابن القاسم عن مالك في «المدونة» كراهة نكاح الكتابيات على كل حال؛ لما في ذلك من مخالطتهن للخمر والخنزير المباحين لهن في دينهن على زعمهن، ولما لهن من السلطة التربوية على الأولاد. وتتأكد الكراهة ـ على قول مالك ـ بدار الحرب؛ لأن لها قوة بها لم تكن بدار الإسلام.

فَصْلٌ
في المحرمات من النساء

ويَحرُمُ من النِّسَاءِ على التَّأبيدِ بالنَّسبِ سبْعٌ: الأُمُّ، والجدَّةُ، والبِنْتُ، وإن كانتْ من زِنى، كالحفيدةِ، والأُختُ، والعمَّةُ، والخالةُ، وبنتُ الأخِ، وبنتُ الأختِ[1]. ولا يَحرُم فروعُ الأعمامِ ولا العمَّاتِ، ولا الأخوالِ ولا الخالاتِ.

ويَحرُمُ من الرَّضاعِ مثْلُ ما يَحرُمُ من النَّسبِ ممَّن ذكرْنا[2].

---

(١) لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ [النساء: ٢٣]. ودخلت الجدة بقِسْميها في معنى الأم؛ لأن لها ولادة على الإنسان بواسطة الأم أو الأب. ودخلت الحفيدة في معنى البنت لما للإنسان عليها من الولادة بواسطة الابن أو البنت.

وإذا زنى رجل بامرأة وولدت بنتاً منه، فهي وإن كانت لا تنسب إليه شرعاً، محرمة عليه في المشهور كما ذكرتُ؛ لأنها خلقت من مائه على كل حال، فدخلت في معنى قوله تعالى: ﴿وَبَنَاتُكُمْ﴾. والولد قد ينسب إلى أبيه خلقة وإن كان غير منسوب إليه شرعاً؛ بدليل قصة جريج، فإنه لما قال للغلام: من أبوك؟ قال: الراعي، فنسب نفسه إليه خلقة وإن لم يكن منسوباً إليه شرعاً. وروى بعض علمائنا ـ منهم ابن القصار ـ أنه جائز، وهو قول ابن الماجشون، وصححه ابن العربي والقرطبي. واحتجوا بأنها لما انتفى نسبها منه، انتفى ما يترتب عليه من حرمة النكاح واستحقاق الميراث.

(٢) كالأم المرضعة، والأخت من الرضاع؛ لقوله تعالى عطفاً على ما تقدم من المحرمات: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]. وقوله ﷺ لما عرضت عليه ابنة عمه حمزة: «**إِنَّهَا لَا تَحِلُّ لِي؛ إِنَّهَا ابْنَةُ أَخِي مِنَ الرَّضَاعَةِ، وَيَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الرَّحِمِ**». أخرجه الشيخان عن ابن عباس، وفي لفظ: «**مِنَ النَّسَبِ**». وعن عائشة: أن النبي ﷺ قال: «**إِنَّ الرَّضَاعَةَ تُحَرِّمُ مَا تُحَرِّمُ الوِلَادَةُ**». أخرجه مالك والشيخان، وفيه قصة.

ويَحرُمُ بالمصاهرةِ أربعٌ: أمُّ الزَّوْجةِ، وجدَّتُها، وبنتُها، وحفيدتُها، إذا كانَ قدْ دخلَ بالزَّوْجةِ(١)، وزوْجاتُ الأبِ والجَدِّ والابنِ والحَفيدِ(٢).

ولا يَحرُمُ بالزِّنى شيءٌ مما يَحرُمُ بالمصاهرةِ(٣).

---

(١) لقوله تعالى عطفاً على ما تقدم من المحرمات: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]. **نسائكم**: زوجاتكم. وحرمة جدة الزوجة في معنى حرمة أمها لما عليها من الولادة بواسطة أمها أو أبيها. **والربيبة**: هي بنت الزوجة وفي معناها حفيدتها، فهي محرمة عليه إذا دخل بأمها، وقوله: ﴿ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم﴾ خرج مخرج الغالب، فلا يخصص الحكم بمن تكون في حجر الرجل. قال ابن العربي في «الأحكام»: وهي محرمة بإجماع الأمة، كانت في حجر الرجل، أو في حجر حاضنتها غير أمها.

وقوله: ﴿دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ يشمل الجماع ومقدماته، بل ولو تلذذ بالنظر إلى ما زاد على الوجه والكفين من جسدها، لحرم عليه فروعها.

(٢) أما زوجة الأب ومثله الجد؛ فمحرمة بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٢٢]. وقد كان نكاحاً شائعاً في الجاهلية فأبطله الإسلام. وأما زوجة الابن ومثله الحفيد؛ فمحرمة بقوله تعالى عطفاً على ما تقدم من المحرمات: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]. **حلائل**: زوجات. وقوله: ﴿مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾ قيد يؤكد ما دلت الشريعة على بطلانه من التبني، وأن حليلة المتبنى ليست محرمة.

(٣) في هذه المسألة اختلاف من قول مالك بين نصه في «الموطأ» ورواية ابن القاسم عنه في «المدونة». فذهب في «الموطأ» إلى أن الزنى لا يؤثر في حرمة النكاح شيئاً مما يؤثره النكاح. ومقتضى قوله في «المدونة»: أنه يؤثر. فقد قال في رجل زنى بأم امرأته أو ابنتها: يفارقها ولا يقيم عليها. وإذا كان =

....

= لا يجيز له استدامة نكاح امرأة بعد الزنى الطارئ على العقد بأمها أو ابنتها، فأولى أن لا يجيز له ابتداء نكاحها بعد زنى متقدم.

قال سحنون: وأصحابُه على ما في «الموطأ» ليس بينهم فيه اختلاف، وهو الأمر عندهم. ولعله يريد غير ابن القاسم، فإنه اختار قوله الثاني، فقد قال في موضع آخر من «المدونة»: إذا زنى بأم امرأته لم ينبغِ لابنه ولا لأبيه أن يتزوجها أبداً، وهو رأيي الذي آخذ به. اهـ.

وعلى مذهب «الموطأ»، واقتصر عليه أبو محمد في «الرسالة» وهو المعتمد؛ إذا زنى بامرأة لم تحرم على أبيه ولا على ابنه، ولم تحرم عليه أمُّها ولا ابنتُها من غيره، كما لو لم يفجر بها أصلاً. قال مالك في «الموطأ»: فأما الزنى فإنه لا يحرم شيئاً من ذلك؛ لأن الله تبارك وتعالى قال: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]. فإنما حرم ما كان تزويجاً، ولم يذكر تحريم الزنى. فكل تزويج كان على وجه الحلال يصيبُ صاحبُه امرأتَه، فهو بمنزلة التزويج الحلال. فهذا الذي سمعتُ والذي عليه أمر الناس عندنا. اهـ.

وبسط هذا الاستدلال: أن الحرمة إنما تثبت بكتاب الله أو بسنة رسوله ﷺ. **أما السنة**، فلم يثبت فيها شيء يدل على أن الزنى ينشر الحرمة كما ينشرها النكاح. **وأما الكتاب**، فليس فيه ما يمكن التعلق به إلا ما ذكره مالك من قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾. ومثله قوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، وقوله: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢]. فأما الآية الأولى، فلا حجة فيها؛ لأن معناها: حرمت على كل رجل منكم أم امرأته، والمزنيُّ بها ليست امرأته، فليست أمها بمحرمة عليه. وأوضحُ منها الآية الثانية، فإن الله حرم حليلة الرجل على أبيه، والمزنيُّ بها أبعد من أن تكون حليلة. وأما الآية الثالثة، فينبني بطلان الدليل منها على التسليم بأن النكاح حقيقةٌ في العقد مجاز في الوطء، وهو مذهب مالك والجمهور. فالآية على هذا ظاهرة في تحريم منكوحة الأب سواء دخل بها أم لا، فلا تدخل المزنيُّ بها في معناها بحال. =

= ولأن الزنى حرام والنكاح حلال، فهما ضدان، ولا يقاس شيء على ضده، بل على شبيهه ونظيره. كيف وقد أبعدَ اللهُ بين وطءٍ يُحمد العبد به، ووطءٍ يُرجم به، والنكاح نعمة جعله الله نسباً وصهراً، وأوجب به حقوقاً، منها الإحصان والنفقة والميراث والنسب، وتصير به الختنة مَحْرَماً لزوج ابنتها. والزنى نقمة في الدنيا بالحد، وفي الآخرة بعذاب ما له من مرد، إلا أن يعفو الرحمٰن ويغفر.

ولأن المطلقة ثلاثاً تحل لزوجها الأول بوطءِ ثانٍ في نكاح صحيح، ولا تحل بالزنى. فثبت بهذا أن الزنى لو كان يحرم الحلال كما يحرمه النكاح، لجاز أن يحل الحرام كما يحله النكاح. والله أعلم.

● **فروع:**

الأول: من عقد عقداً مجمعاً على فساده، كنكاح المعتدة والخامسة، والمرأة على أختها أو عمتها أو خالتها بنسب أو رضاع، ثم أصابها بعد العقد، فإن كان عالماً بأنها محرمة عليه، لم يحرم عليه أصولها ولا فروعها على القول الأول؛ لأنه زنى محض يوجب الحد وينتفي معه النسب إذا أولدها. وإن كان لا يعلم أنها محرمة عليه، فهي شبهة يُدرأ بها الحد، ويثبت النسب، فتنتشر الحرمة به كالنكاح الحلال. وإن كان العقد مختلفاً فيه، كنكاح الشغار، والمُحرِم، وإنكاح المرأة نفسَها، فلا خلاف في المذهب أنه إن لم يفسخ حتى دخل بها، أنه ينشر الحرمة، كالصحيح.

الثاني: من تزوج أم امرأته وأصابها، وهو يجهل تحريمها، دُرء عنه الحد وثبت النسب إذا أولدها، للشبهة، وتحرم عليه ابنتها التي تحته فيفارقها، وأولى منها التي لم يملك عصمتها؛ لأن الوطء استند إلى شبهة عقد، فخرج عن حكم الزنى وثبت له حكم الوطء في نكاح صحيح، فتصير امرأتُه ابنةً لمنكوحته المدخول بها، فتحرم عليه؛ لقوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣].

وإن كان يعلم تحريم الأم، جرى الخلاف فيه على القولين؛ لأنه زنى =

وتَحرُمُ على التَّأبيدِ أيضاً: المُلاعِنةُ على الذي لَاعَنَها، والمنكوحةُ في عِدَّتها من زوْجِها الأَوَّل، على الثَّاني إذا دخلَ بها وهي لا تزالُ في عِدَّتِها(١).

= محض والعقد فيه لغو لا معنى له. قال في «التهذيب»: وكذلك من تزوج أم امرأته عالماً، فوطؤُه إياها تحريمٌ للابنةِ في أحد قوليه، ويحد، إلا أن يعذر بجهالة، فلا يحد ويلحق به الولد.اهـ. وظاهر «الموطأ» يدل على عدم التفريق بين العالم والجاهل، فقد قال فيه، في الرجل تكون تحته المرأة ثم ينكح أمها فيصيبها: إنها تحرم عليه امرأتُه ويفارقُهما جميعاً، ويحرمان عليه أبداً إذا كان قد أصاب الأم. فإن لم يصب الأم لم تحرم عليه امرأته وفارق الأم. والله أعلم.

الثالث: وأما وطء الشبهة المتجردة عن العقد، فإن له حكم الوطء الحلال، كمن تلذذ بأجنبية يظنها امرأته لظلام وشبهه، فتحرم عليه أمها وابنتها، ويجب لها الصداق، وإن أولدها لحق به الولد؛ لأن وطء الشبهة لما لم يكن فيه إثم، أشبه الوطء المباح دون الحرام.

واختُلف على قولين مُخرَّجين للأصحاب، إن كانت تلك الموطوءة بشبهة أمَّ امرأته أو ابنتها؛ هل تحرم الزوجة بذلك تشبيهاً لوطء الشبهة بالوطء في نكاح صحيح؟ أم لا تحرم؛ لأنه لا رافع للحل المستصحب في الزوجة إلا آية تحريم المصاهرة التي قدمناها، وهي لا تتناول الموطوءة خطأً، إذ ليست من نسائه في الحال كالزوجة، ولا تصلح أن تكون من نسائه في المآل كالأجنبية التي يحل له نكاحها. والله أعلم.

(١) فالعقد على المعتدة بمجرده لا يكفي في تأبيد التحريم، حتى ينضاف إليه ما يتممه من الجماع أو بعض مقدماته، كاللمس بشهوة والتقبيل، فإن أصاب شيئاً من ذلك وهي في العدة، حرمت عليه على التأبيد. ولا تتأبد الحرمة بعد الخروج من العدة، إلا بالجماع.

وكون الدخول وما في معناه سبباً في تأبيد تحريم المنكوحة في عدتها =

ويَحرُمُ من النِّسَاءِ على التَّأقيتِ: المُحرِمةُ بحجٍّ أو عُمرةٍ، والمُعتَدَّةُ من طلاقٍ أو وفاةٍ، كالمستبرَأةِ، والمتزوِّجةُ إلَّا المسبيةَ من أزواجِ الحَرْبِيِّينَ[1]، وأخْتُ الزَّوْجةِ، وكذا كلُّ من لا يجوزُ الجمْعُ بينهما من النِّسَاء في عصمةٍ واحدةٍ، فإنَّ الثانيَةَ تَحرُمُ بنكاحِ الأُولى منهما[2]، والخامسةُ لمنْ في عصمتِهِ أربعٌ، والمطلَّقةُ ثلاثاً حتَّى تنكِحَ

= على ناكحها، هو قضاء عمر بن الخطاب؛ روى عنه مالك في «الموطأ» أنه قال: أيما امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبداً. اهـ. وفي «المدونة» من رواية ابن وهب: أن عليّاً قضى بمثل ذلك. وهو مَثَلٌ للقاعدة: من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.

(١) لقوله تعالى عطفاً على المحرمات: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]. فنصت الآية على تحريم كل امرأة محصنة؛ أي متزوجة، ويدخل في ذلك غير المدخول بها والمعتدة من طلاق رجعي، فلا يجوز العقد عليها ما دامت كذلك. واستثنت الآية النساء المتزوجات من الحربيين إذا وقعن في سبي المسلمين، فإن عصمتهن تنقطع عن أزواجهن في الحال، فيحل اتخاذهن سرائر، أو عتقهن وتزوجهن إن أسلمن. أخرج مسلم عن أبي سعيد الخدري؛ أن النبي ﷺ يوم حنين بعث جيشاً إلى أوطاس، فلقي عدواً، فقاتلوهم، فظهروا عليهم وأصابوا لهم سبايا، فكأن ناساً من أصحاب النبي ﷺ تحرجوا من غشيانهن من أجل أزواجهن من المشركين، فأنزل الله تعالى في ذلك. وذكر الآية السابقة.

(٢) ويجمع هذه المسألة الضابط الكلي التالي: كل امرأتين لو قُدِّرت إحداهما ذكراً، حرم عليه نكاح الأخرى. ويستمر التحريم إلى موت الأولى، أو طلاقها طلاقاً بائناً، أو رجعيّاً لم يراجعها فيه حتى انقضت عدتها فبانت. =

زوجاً غيرَ الذي طلَّقَها، نكاحاً غيرَ مقصودٍ لتحليلِها[١]، ويدخُلَ بها فيه[٢]، ثم يفارقُها بموْتٍ أو طَلَاقٍ.

= والأصل في تحريم الجمع المذكور قول الله ﷻ عطفاً على المحرمات: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣]. وقد كان في الجاهلية شائعاً فأبطله الإسلام. وقال النبي ﷺ: «**لَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا، وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا**». أخرجه مالك والشيخان عن أبي هريرة. ويقال من جهة المعنى: إن بين الأختين، وبين المرأة وخالتها، والمرأة وعمتها، من القرابة الوشيجة ما يوجب صلة الرحم، وغيرةُ الضرائر تورث الضغينة، فتمنع الصلة، فامتنع الجمع لأجل ذلك.

وإذا نكح امرأة، ثم نكح أختها أو عمتها فُسخ نكاح الثانية بلا طلاقٍ، ويسقط مهرها إن صدقته أنها الثانية، وإلا حلف إنها الثانية ليسقط مهرها عنه.

(١) فنكاح المحلِّل غير صحيح، ولا يُحلها للأول، ولو نوى الثاني إمساكها بعد ذلك؛ لما روى ابن مسعود عن النبي ﷺ: أنه قال: «**لَعَنَ اللهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ**». أخرجه أبو داود. وصححه ابن القطان وابن دقيق العيد على شرط البخاري. وهو قول عمر وابنه وعثمان وعلي وابن عباس من الصحابة، وسعيد بن المسيب وطاوس وعبد الله بن يزيد بن هرمز من التابعين، رواه عنهم جميعاً سحنون في «المدونة». ولأن نكاح المحلل غير مقصود لما شرع النكاح له من إعفاف النفس وطلب النسل وحصول الأنس بالزوجة، بل مقصود للتحليل فحسب. ومن شرط قصد المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع.

(٢) إذا كان النكاح صحيحاً لازماً. ويتحقق الدخول هنا بالإيلاج للحشفة في القُبُل مع انتشار. ويعنون بالانتشار في باب النكاح: الشعور باللذة الجنسية، فلا يكفي الإيلاج مع استرخاء. وهذا إذا كان الزوج بالغاً، ولم يكن الوطءُ محظوراً لصيام أو إحرام... ولم يُنكِر ذلك إذا ادعته عليه. وإنما اشترط النكاح بهذه الأوصاف لبلوغه حد الكمال في مقاصده. =

ولا يَحرُمُ نكاحُ الزَّانيةِ المعروفةِ بهِ، بل يُكرهُ، ويُستحبُّ فراقُها إن تبَيَّنتْ زَانيةً[1]. ومَن زَنى بامرأةٍ ثم أراد نكاحَها، لم يكنْ له أن

= والأصل في اشتراط النكاح قول الله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]. وفي اشتراط الدخول قوله ﷺ لامرأة رفاعة القرظي لما طلقها فبتَّ طلاقها، فتزوجت عبد الرحمٰن بن الزبير، وشكت إليه أنه يضعف عن إتيانها، فقال لها: «**أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ؟ لَا، حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ**». أخرجه الشيخان عن عائشة. وقوله: **حتى تذوقي**... إلخ، هو في معنى ما ذكرنا من الانتشار، ومنه استنبط علماؤنا هذا الشرط.

(١) كما في «الشرح الصغير».

أما عدم حرمة نكاح الزانية، فلأن الزنى يوجب الفسق لصاحبه إن لم يتب منه، كسائر المعاصي من السرقة وشرب المسكر... ولم يثبت في الشرع تحريم نكاح المرأة أو الإنكاح إلى الرجل إذا كانا فاسقين بالإصرار على السرقة وشرب الخمر، فكذلك الزنى. ولأن المرأة إذا زنت لم تحرم على زوجها لذلك، فكذلك إذا زنت لم يحرم عليه ابتداء نكاحها. فإن تمسك المخالف بقول الله تعالى: ﴿ٱلزَّانِى لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ [النور: ٣]، لم يُسلم له؛ لأننا لو حملنا الكلام على النهي، لصار المعنى: المسلم الزاني لا يحل له أن ينكح إلا مسلمة زانية مثله، أو مشركة، والمسلمة الزانية لا يحل لها أن تنكح إلا مسلماً زانياً مثلها، أو مشركاً. فأنتج هذا التأويل حِلَّ نكاح المشركات للزناة من المسلمين، وحِلَّ نكاح المشركين للزواني من المسلمات. وهذا خلاف الإجماع. فإذا كان المعنى فاسداً على تقدير النهي، تعين صرفه إلى الخبر، ليصير هكذا: الزاني لا تطاوعه على الزنى إلا إحدى امرأتين: زانية مثله إن كانت مسلمة تعتقد حرمة الزنى، أو مشركة تعتقد حله. وكذلك الزانية لا يستجيب لها إلا من كان أمره على إحدى الحالتين. وهذا التأويل هو قول ابن عباس فيما رواه الطبري =

ينكحَها حتَّى تُستبرأَ[١].

فَصْلٌ
في الولي

والوَليُّ ركنٌ في النِّكَاحِ، وهو شرْطٌ في جانبِ المَرْأَةِ مُطْلقاً، فلا تتولَّى نكاحَ نفسِها، ولا غيرِها من النِّسَاءِ[٢].

= عنه ورجحه على غيره. ثم إن اسم الإشارة في قوله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٣]، إما أن يعود إلى الزنى، فيكون المعنى: وحرم الزنى على المؤمنين، وهو الذي يستقيم مع التأويل الذي اخترناه، وإما أن يعود على نكاح الزناة والزواني، على قول من يحمل الآية على النهي، فيكون المعنى: وحرم نكاح الزناة والزواني على المؤمنين. فيكون محرماً على الزاني أن ينكح زانية؛ لأنهما مؤمنَيْن مشمولَيْن بالتحريم، فيكون آخر الآية مبطلاً لما دل عليه أولها، ففسد هذا التأويل. والله أعلم.

وأما استحباب مفارقة الزانية؛ فلما في ذلك من الأذى له، ولأنها قد تحمل من الزنى ولا يعلم زوجها بذلك، فينتسب الولد إليه وهو من سفاح. ولما رواه ابن عباس: أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ، فقال: إن امرأتي لا تمنع يد لامس، قال: «**غَرِّبْهَا**». قال: أخاف أن تتبعها نفسي، قال: «**فَاسْتَمْتِعْ بِهَا**». أخرجه أبو داود والنسائي. قال المنذري: ورجال إسناده يحتج بهم في الصحيحين. وقال الخطابي: **لا ترد يد لامس**، معناه: أنها تطاوع من أرادها على الزنى، لا ترد له طلباً.

(١) ففي «المدونة»: قلت: أفيتزوج الرجل المرأة التي قد زنى بها هو نفسه في قول مالك؟ قال: نعم، بعد الاستبراء من الماء الفاسد.

(٢) لقوله ﷺ: «**لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ**». أخرجه أصحاب السنن عدا النسائي عن أبي موسى. وذكر الترمذي أنه روي من طريق شعبة وسفيان الثوري، مرسلاً من حديث أبي بردة. ثم حكم بأن الرواية المسندة أصح، =

وشرْطُ الوليِّ: الذُّكورةُ، والبُلوغُ مع العَقْلِ، وأن يكونَ مُسلماً إذا كانتِ المَرْأَةُ مسلمةً[١]، وأن لا يكونَ متلبساً بإحْرامٍ. ولا تُشترطُ فيه العدالةُ، ولا الرُّشدُ[٢].

= مبيناً وجه ذلك عنده. وصححه أيضاً ابن حبان والحاكم، وذكر له طرقاً، ثم قال: وقد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ: عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش، ثم سرد تمام ثلاثين صحابيّاً.

وعن عائشة: أن النبي ﷺ قال: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ـ قاله ثلاثاً ـ فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنِ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ**». أخرجه أصحاب السنن عدا النسائي، وصححه أبو عوانة وابن حبان والحاكم. وفيه ثلاثة أحكام:

الأول: بطلان نكاح من تزوجت من غير ولي. وهو يدفع قول من حمل الحديث الأول على نفي الكمال. فدل على أن الولاية على المرأة في النكاح ركن وشرط في الصحة.

الثاني: أن الدخول بالمرأة في نكاح فاسد لاختلال ركن فيه، يوجب الصداق كاملاً.

الثالث: أن السلطان يقوم مقام الولي عند فقد ولاية العصبة.

(١) لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍۚ﴾ [التوبة: ٧٠]. ولقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

(٢) فولاية الفاسق والسفيه نافذة في الجملة.

أما الفاسق: فولايته نافذة سواء كان مجبراً كالأب، أم غير مجبر كسائر العصبات، مع الكراهة إذا وجد العدل، كأخوين للمرأة أحدهما عدل والآخر فاسق. والدليل على جوازها أن النصوص التي ثبت بها أصل الولاية عامة ومطلقة، فاقتضت بعمومها وإطلاقها دخول الفاسق، ولأن العدالة لو اعتبرت في الولي لاعتبرت في الزوج، وقد أجمعوا على أن فسق الرجل لا يمنع من أن يلي نكاح نفسه، فوجب أن لا يمنع من أن يلي نكاح ابنته أو أخته. ولأن =

والأحَقُّ بتزويجِ المَرْأَةِ من أوليائِها: الابْنُ، فالحفِيدُ، فالأَبُ، فالأَخُ، فابنُهُ، فالجدُّ، فالعمُّ، فابنُه[1]. وإذا تساوَوْا في

= له أن يلي نكاح الزوج بطريق الوكالة، فجاز أن يلي نكاح الزوجة بطريق الولاية. ولأنه لما جاز للفاسق تزويج أمته جاز له تزويج وليته.

وهذا من جهة العموم والقياس. وأما من جهة اعتبار المصلحة، فيقال: إن الغرض من الولي حفظ موليته، والفسق لا يمنع منه؛ فإن الوازع الطبيعي في الشفقة على المولى عليها، يمنع من الوقوع في العار، والسعي في الإضرار. ولأن العدالة مطلوبة لمصلحة الضبط، وذلك يحتاج إليه في الأخبار صيانة من الكذب فيها، وفي الأحكام صيانة من الجور فيها، فاشترطت في الرواية والشهادة والقضاء وسائر الولايات العامة؛ وولايةُ النكاح لا تحتاج إلى ضبط فلا تحتاج إلى عدالة.

وحكى بعض الشيوخ قولاً ثانياً في المذهب، بأن فسق الرجل يسلب ولايته على ابنته وأخته. وقصر البساطي في «شرح المختصر»، الخلاف على الفاسق المستسر الذي عنده شيء من الأنفة، وأما المتهتك الذي لا يبالي بما تنسب إليه وليته، فقال: إنه مسلوب الولاية اتفاقاً.

وأما السفيه: فسفهه راجع إلى سوء التصرف في ماله، وضعفه عن الاهتداء إلى مصالحه في البيع والشراء، وذلك لا يمنع من أن يكون وليّاً لابنته أو أخته، إذا كان ذا دين وعقل. فإن كان ناقص التمييز، فلا نكاح له، وحكم ابنته في النكاح حكم اليتيمة.

ثم ينظر، فإن كان للسفيه ذي الرأي ولي كأبيه أو وصيه، وأذن له أن يزوج وليته، صح كما لو لم يكن مُولًّى عليه. وإن زوجها من غير إذنه صح أيضاً، وكان وليه بالخيار بعد النظر، فإن رآه صواباً أمضاه وإلا فسخه. والله أعلم.

(١) وهذا الترتيب مبني على قوة العصبة؛ لأن مرجع الولاية على النفس وما يتصل بها من حقوق، إنما هو القرابة. =

الدَّرجةِ، كالإخْوةِ الأشِقَّاءِ، نَظرَ الحاكمُ، وإلَّا أقْرع بينهم.

ويجُوزُ لغيرِ من ذكرْنا ممَّن ليس من عَصَبةِ المَرْأَةِ، كالكافِلِ، أن يزوِّجَها بحُكْمِ ولايةِ الإسلامِ العامَّةِ. ويصحُّ، ولوْ مع وجودِ الوليِّ الخاصِّ، إذا لم تكنْ من ذواتِ الشَّرفِ(١).

وليس لأحدٍ من الأولياءِ إجْبَارُ مُوَلِّيتِهِ على النِّكاحِ، إلَّا الأبَ في ابنتِهِ البِكرِ(٢)، والثَّيبِ إذا كانت صغيرةً، دون البالغةِ؛ فلا تُزوَّج

= والأولى تقديم الشقيق في الإخوة والأعمام، على الذي للأب فقط، وكذا تقديمُ الأفضل منهم على الذين هم دونه في الفضل.

(١) فاليتيمة إذا كانت مكفولة في حجر أحد من غير الأولياء، جاز للكافل أن يتولى تزويجها، ويكون صحيحاً لازماً، إن لم تكن من ذوات الشرف، وأما الشريفة فلا يكون لازماً فيها، فللأولياء فسخه إلا أن يفوت بتقادم الزمن على الدخول، وبإنجاب الأولاد. والمقصود بالشريفة في هذا الباب: أن تكون المرأة ذات نسب متصل بمآثر كريمة، أو بجمال في خلقتها، أو بكون أهلها ذوي غنى أو قدْر بين الناس، بحيث يأنف أهلها من تزويجها من أيٍّ كان. والدنيئة هي التي لا تتصف بشيء من ذلك، حتى لا يكون لأمرها من الأهمية عند أهلها ما يمنعهم من تزويجها من أيٍّ كان.

● **تنبيه:**

كثيراً ما يغلط بعض العلماء ـ ومنهم كبار محققون ـ على المالكية في هذه المسألة، فينسبون إلى مذهبهم أن المرأة الدنيئة لها أن تتزوج بغير ولي، وهذا غير ما ذكرنا كما ترى، فإن الولاية على جميع النساء واجبة، إلا أن تزويج الدنيئة بولي عام ينفذ مع وجود الخاص، بخلاف الشريفة. وهذا من دقة فقه معنى الولاية.

(٢) وكذا وصيُّه إذا أوصاه بنكاحها، أو أمره بإجبارها، فله أن يجبرها ممن يراه صالحاً لها، فإن عين له شخصاً يزوجها منه، لم يكن له أن يجبرها =

حتى تأذنَ بذلكَ، وتُعرِبَ عن إذْنها بصريحِ القَولِ[١]. ويُستحبُّ للأبِ استئذانُ البِكرِ، وإذنُها صماتُها[٢].

ولا تُزوَّجُ اليتيمةُ حتَّى تبلغَ وتأذنَ في ذلكَ[٣]، إلَّا إذا خيفَ

= على نكاح غيره. وليس للأم كلامٌ في تزويج الأب ابنتَه الموسرةَ المرغوبَ فيها، من فقيرٍ مرغوبٍ عنه، إلا لغررٍ بيِّنٍ.

وتنفذ ولاية الإجبار في الأب على ابنته البكر، ولو كانت عانساً، إلا إذا رشَّدها بإطلاقه يدَها في التصرف في مالها ونفسها لما يرى من حسن رأيها، فيسقط حقه في إجبارها بعد ذلك.

والحجة في حق الأب في إجبار ابنته البكر، ما رواه ابن عباس: أن رسول الله ﷺ قال: «**الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا**». أخرجه مالك ومسلم. وأخرج الشيخان نحوه من حديث أبي هريرة. **الأيِّم**: الثيب، وكذلك وقع في رواية عند مسلم: «**الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا**». وجه الدليل منه: أنه قسم النساء إلى ثيبات وأبكار، وجعل الثيب أحق بنفسها من وليها، فدل بمفهومه على أن البكر بخلاف ذلك، وأن وليها أحق بها من نفسها، وكان قوله بعد ذلك: «**وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا**» محمولاً على الندب حتى لا يتناقض الكلام.

(١) لقوله ﷺ في الحديث السابق: «**الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا**». وأخرج مالك والبخاري عن خنساء بنت خذام الأنصارية، أن أباها زوجها وهي ثيب، فكرهت ذلك، فأتت رسول الله ﷺ، فرد نكاحه. ففي الحديثين دليل على عدم جواز الإجبار على الثيب. وعن أبي هريرة مرفوعاً: «**لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ**». قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: «**أَنْ تَسْكُتَ**». أخرجه الشيخان. وفيه دليل على وجوب طلب أمرها.

(٢) فإن منعت أو نفرت، لم تزوج. والأصل في ذلك من السنة: الأحاديثُ السابقة.

(٣) وإنما اشترط البلوغ في اليتيمة؛ لأن الشارع نهى عن إنكاحها حتى =

عليها الفسادُ، فتزوَّجُ إذا بلغتْ عشْرَ سنينَ، وحينئذٍ يُشاوَرُ القاضِي في أمْرِها.

وإذا وجدتِ المَرْأَةُ كُفْئاً لها(١)، فعلى الوَليِّ إجابتُها للزَّواجِ،

= تستأمر، والأمر لا يصح إلا من البالغ. ودل على وجوب استئمارها حديث أبي هريرة؛ قال: قال رسول الله ﷺ: **«تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا؛ فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا؛ وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا»**. أخرجه أصحاب السنن عدا ابن ماجه. وحسنه الترمذي وصححه الحاكم وابن حبان، وله شاهد بنحوه أخرجه أحمد من حديث أبي موسى. قال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح. وصححه ابن حبان والحاكم. واحتج بعض علمائنا بحديث: **«الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا»**. فحملوا البكر على اليتيمة، وجعلوا الاستئذان بمعنى الاستئمار.

قال مالك في رواية «المدونة»: لا تزوج اليتيمة التي يولى عليها، حتى تبلغ، ولا يُقطع عنها ما جُعل لها من الخيار، وأمر نفسها: أنه لا جواز عليها حتى تأذن؛ للحديث الذي جاء عن رسول الله ﷺ.

• **فرع:**

قال في «التهذيب»: فإن زوجها وليُّها بغير إذنها، ثم أعلمها بالقرب فرضيتْ، جاز. ولا يعد صُماتها هاهنا رضاً. وإن كانت بغير البلد، أو فيه فتأخر إعلامها، لم يجز وإن رضيت. قال سحنون: وهذا قول مالك الذي عليه أصحابه.

(١) **ومعنى الكفاءة في باب النكاح:** أن يكون الزوج مساوياً للزوجة في الدين والحال؛ على معنى أن يكون سالماً من الفسق العملي، كآكل الربا ومدمن الخمر وتارك الصلاة، سالماً من العيوب الفاحشة المشينة، إذا كانت هي كذلك.

فهذه مقومات الكفاءة عند علمائنا، ولا مدخل للمال والنسب والحسب فيها؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣]. ولقوله ﷺ: **«تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ؛ لِمَالِهَا، وَلِحَسَبِهَا، وَجَمَالِهَا، وَلِدِينِهَا. فَاظْفَرْ** =

وإلَّا كان عاضلاً[١]، فيأمرُه الحاكمُ بتزويجِها، فإن أبى زوَّجها نيابةً عنه. ولا تنتقِلُ الولايةُ إلى من بعدَه بالعضْلِ.

= **بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ!**». وقد تقدم. فذكر الخصال التي يرغب الناس من أجلها في المرأة، ثم حث على ذات الدين، وإن كانت فقيرة عديمة الحسب دميمة الخِلْقة. ولو كان للخصال الأخرى مدخل في الاعتبار، لحثه على ذات الدين الغنية الحسيبة الجميلة، حيث كان يعلم أنها إذا كانت ذات دين، وفاقته في الحسب أو المال، أنه لا سبيل له إليها، وكيف يظفر بما لا سبيل إليه؟ ولأن الموالي تزوجت من قريش، فتزوج زيد بن حارثة زينب بنت جحش، وتزوج المقداد بن الأسود ضباعة بنت الزبير، وزوج أبو حذيفة سالماً من هند بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة، وهو مولى لامرأة من الأنصار.

● فرع:

الكفاءة حق مشترك بين الزوجة ووليها، فإذا تنازلا عنها سقطت، وإن تنازل عنها أحدهما بقي حق الآخر فيها. فإذا زوج الأب ابنته من الفاسق، فلها المطالبة بفسخ النكاح. وإذا رضيت هي ووليها به، فقد نقل الحطاب عن شيوخ المذهب ما يفيد المنع من الإقدام على ذلك ابتداء، وإن اختلفوا في وجوب فسخه إن وقع؛ لأن مخالطة الفاسق ممنوعة، وهجره واجب، فكيف والنكاح يسرمد عليها معاشرته وخلطته، فيجرها إلى سيرته.

(١) إلا إذا كان العضل لوجه صحيح؛ بأن كان يرى من خاطبها بعض ما لا يكون فيه خير لها، فلا يكون العضل موجباً لحكمه، إلا إذا كان خالصاً لقصد الإضرار بها. ولا يكون الأب عاضلاً بالرد للمرة الأولى، حتى يتكرر ذلك منه بما يظهر قصد الإضرار منه، فيحرم عليه؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٢]. ويجب على القاضي رفع العضل بما ذكرنا؛ لقوله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**».

فَصْلٌ
في الصيغة

وهي اللَّفظُ الدَّالُّ على العَقْدِ من إيجابٍ وقَبولٍ.

ولا بُدَّ فيها من لفظٍ مشتَقٍّ من «النِّكاحِ» أو «التَّزويجِ»[1]، كقولِ الزَّوْجِ: زوِّجْني، أو أنْكِحْني مُوَلِّيتَكَ فلانَةَ، وما في معناه، فيجيبُه الوَليُّ بقوله: زوَّجتُكَ، أو أنكحتُكَ إيَّاها، أو قبلتُ، أو رضيتُ، أو وافقتُ، وما في معناه. وكقوْلِ الوَليِّ: زوجتُكَ مُولِّيَتي فلانَةَ، وما في معناه. فيُجيبُه الزَّوْجُ بقولِهِ: قبلتُ، أو رضِيتُ، أو وافقْتُ، وما في معناه.

وللزَّوجِ أن يُنيبِ من يعْقِدُ عنه، ولو امرَأةً[2]، وليس للوَليِّ أن

---

(١) وإنما اشترط ذلك مع أن أصول المذهب تقتضي عدم الالتفات إلى الألفاظ، والاعتبار بمعاني الكلام في العقود والفسوخ والأقارير والالتزامات؛ لأن اللفظ قد يكون له أثر في تمييز ما يلتبس من المعاملات المتقاربة التي بعضها حلال وبعضها حرام، فيكون متعيناً إذ ذاك لضرورة التمييز، كاشتراط تعين لفظ النكاح أو الزواج في هذا العقد حتى يتميز عن الإجارة على الزنى؛ لأن هذين اللفظين يدلان على تأبيد العلاقة بين الزوجين والحقوق المترتبة عليها. ويلحق بذلك من الألفاظ ما كان له نفس المعنى، كالهبة إذا اقترنت بذكر الصداق، فإن النكاح ينعقد بها؛ لأن لفظ الهبة يفيد معنى التمليك على التأبيد دون عوض، فإذا أضيف إليه الصداق، فقد وجد العوض وصار في معنى النكاح والزواج. ولذلك صوب جماعة من علمائنا انعقاد النكاح بكل لفظ يدل على التأبيد في هذا العقد، منهم ابن القصار وعبد الوهاب والباجي وابن العربي وابن الحاجب.

(٢) لأن نيابة المرأة عن الزوج ليست من الولاية حتى يقال: لا بد فيها من الذكورية، بل هي من الوكالة، فجازت منها كما جازت من الرجل. =

يُنيبَ إلَّا من كان مِثْلَه؛ فيما ذكَرْنا من شُروطِهِ[١]. فإذا كان وكيلُهما واحداً، قال: زوَّجتُ فلاناً من فلانَةَ، أو فلانَةَ من فلانٍ، وما في معناه. فإذا كان الوَليُّ هو الزَّوْجَ، كابنِ عمِّها، قال: زوَّجتُ فلانَةَ من نفسي.

ويَلزَمُ العَقْدُ بتمامِ الصِّيغةِ، ولا يَتوقَّفُ على انقِضاءَ مجلسِهِ، ولو كان الزَّوْجُ والوَليُّ هازِلَيْنِ، فإن كان أحدُهما أو كلاهما مُكرَهاً، لم يَلزمْهما النِّكاحُ[٢].

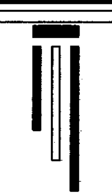
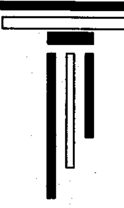
= أما نيابة المرأة عن الولي بطريق الوكالة، فهي غير صحيحة كما ذكرنا؛ لأن المرأة معزولة عن هذا المنصب بحكم الأصل، فوجب أن تعزل عنه بحكم التوكيل من باب أولى. والله أعلم.

(١) ويندب تفويضه لذي فضل من أهل الحي أو البلد، كما جرت العادة في بعض البلاد بتفويض العقد إلى إمام مسجد البلد.

(٢) فأما انعقاد النكاح في حال الهزل، مع أن الإنسان لا يكون في كلامه قاصداً لمعناه؛ فلما رواه أبو هريرة مرفوعاً: «**ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ؛ النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالرَّجْعَةُ**».

أخرجه أصحاب السنن عدا النسائي، وحسنه الترمذي وصححه الحاكم، وأقره ابن دقيق العيد في «الإلمام».

وأما نكاح المكره فإنه غير منعقد أصلاً، وليس موقوفاً على الإجازة بعد رفع الإكراه. ودليل بطلانه من السنة حديث: «**إِنَّ اللهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ**». أخرجه ابن ماجه والطحاوي في «شرح معاني الآثار»، وابن حبان والحاكم عن ابن عباس. وحسنه النووي في «الروضة» و«المجموع» و«الأربعين». واحتج به ابن حزم في عدة مواضع من «المحلى» مما يدل على أنه صحيح عنده. ومن جهة القياس: إن المكره غير قاصد في كلامه لمعناه، فوجب أن يكون لغواً كالمجنون والصبي غير المميز.

باب شروط النكاح

والشُّروطُ نوعانِ: شُروطٌ للنِّكاحِ، وشُروطٌ فيه.

فالأُولى: ما جعله الشَّارعُ من الخِصالِ شرْطاً في العَقْدِ أو في الدُّخُولِ، وهي: الصَّداقُ، والإشْهادُ.

والثانيةُ: الشُّروطُ الجَعليةُ مما قد يشترطُهُ أحدُ العاقديْنِ، أو كلاهُما، على صاحبِهِ يلتزِمُ بموجبِهِ لمصلحةِ من جُعلَ له.

فَصْلٌ
في الصداق

وهو حقٌّ خالِصٌ للزَّوجةِ، وشرْطٌ في صحَّة النِّكاحِ؛ يفسدُ العَقْدُ بالاتفاقِ على إسقاطِهِ، ويُفسخُ[١]. فإن دخل بها، مضى ووَجَبَ لها مهْرُ المثْلِ[٢].

---

(١) والأصل في ذلك قول الله ﷻ: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤]. قال القرطبي: هذه الآية تدل على وجوب الصداق للمرأة. اهـ. **نحلة**: هبة، وذلك أن كلا الزوجين يستمتع بصاحبه، فكان الصداق في حقيقته هبةً خالصةً، وإن عبرنا عنه في بعض المواضع بالعوض. وقال سبحانه: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤]. وهي نص في الفرضية.

وهو مجمع عليه بين العلماء. نص على ذلك ابن قدامة في «المغني»، والقرطبي في تفسير الآية الأولى.

(٢) ومهر المثل ـ كما قال ابن الحاجب ـ ما يَرغب به مثل الزوج في =

ويجوزُ تسمِيَةُ الصَّداقِ قَبْلَ العَقْدِ، أو عندَه، أو بعدَه، سواءٌ سكتا عن ذِكْره حينَ العَقْدِ؛ فيكونُ نكاحَ تفويضٍ(١)، أم صَرَفا

= مثل الزوجة. ويدخل في اعتباره الدين، والجمال، والحسب، والمال، والزمان، والبلاد، فيتغير مع تغير هذه المعاني؛ لقوله ﷺ: «**تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ؛ لِمَالِهَا...**» الحديث.

(١) والأصل في مشروعية نكاح التفويض قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦]. فأباح الطلاق مع عدم الفرض والمسيس، والطلاق المباح لا يكون إلا في نكاح صحيح. وحكى الباجي في «المنتقى» الإجماع على جوازه.

وإذا انتهى نكاح التفويض بعد ذلك إلى بيان، فسمى لها الزوج مهراً لا يقل عن مهر مثلها، لزمها، فإن سمى لها أقل منه، كان لها حق الفسخ قبل الدخول. فإن لم يسمِّ لها شيئاً حتى دخل بها، فإنها تستحق عليه مهر مثلها، ويكون لازماً للزوج؛ لأنه كهبة الثواب، فإن الواهب لشيء من ماله بقصد الثواب، إذا أثيب بما يساوي قيمة ما وهب، لم يكن له الرجوع. ولا يلزمه ما سماه غيره؛ من ولي أو زوجة أو غيرهما، سواءً كان كصداق المثل في مبلغه، أو كان أقل منه.

• **فرع في ضمان الصداق**:

يكون الصداق قبل تعيينه مضموناً في ذمة الزوج بلا شك. فإذا تعين؛ فإما أن يكون من جنس ما يغاب عليه من الأموال الباطنة، كالحلي والثياب وسائر ما يتطلب حرزاً يُحفظ فيه، أو يكون مما لا يغاب عليه من الأموال الظاهرة، كالحيوان والسيارة. فإن كان من الصنف الأول وهلك في يد الزوج أو الزوجة، وتصادقا على أنه هلك بغير تعدٍّ ممن كان بيده، أو قامت البينة بعدم التعدي، فضمانه يكون مشتركاً بينهما، فلا رجوع بشيء منه لأحد على الآخر، إذا تم الطلاق قبل الدخول، فإذا تم بعده استحقت عليه مثل النصف أو قيمته بموجب ضمانه. وكذلك يكون مضموناً بينهما إذا كان من الصنف الثاني، ما لم تقم بينة بالتعدي. =

تَسْمِيَتَهُ لِحُكمِ الزَّوْجِ أو الزَّوْجةِ أو الوَليِّ أو غيرِهم، فيكونُ نكاحَ تحكيمٍ.

وشرْطُ المهرِ: أن يكونَ مالاً، منتفَعاً به شرْعاً، طاهِراً، مقدوراً على تسليمِهِ[1]، بالغاً مبْلَغَ نصابِ السَّرقةِ؛ وهو ما يُساوي،

= وإذا تبين أنه هلك بتعدٍّ من أحدهما كيفما كان صنفه، أو كان من الصنف الأول، ولم يتصادقا على عدم تعدي من هلك بيده. ولا قامت بينة تثبت أنه هلك بسبب لا دخل له فيه، فهو مضمون على من هلك بيده. فإن كان بيد الزوج وجب عليه مثله أو قيمته كاملة بالدخول أو موت أحدهما، ونصفُه بالطلاق قبل الدخول. وإن كان بيد الزوجة، لم تستوجب بهلاكه شيئاً بالموت أو الدخول، ووجب عليها رد النصف من مثله أو قيمته، إذا طلقها قبل ذلك.

(١) فالمهر كثمن البيع ومثمونه في صفته في الجملة، إلا في المعلومية، فإنه يفترق عنه بما بينته فيما بعد. ويفهم من الشروط المذكورة: أنه لا يجوز ما ليس بمالٍ، كقصاصٍ وجب له عليها، فجعل إسقاطه صداقاً لها. بينما يجوز إذا كان له دين عليها، أن يسقطه ويجعل إسقاطه صداقاً لها؛ لأن الدين الثابت في الذمة مالٌ حكماً، وإسقاطُه يكون في معنى التمليك لمن هو عليه. ولا يجوز ما لا منفعة فيه أصلاً؛ لأنه لا يكون مالاً إذ ذاك. أو ما فيه منفعة محرمة كآلات الطرب؛ لأن المحرم معدوم شرعاً وهو كالمعدوم حسّاً، إلا أن يبقى من المادة التي تتكون منها الآلة، بعد إتلاف صورتها، ما يساوي في قيمته أقل الصداق فصاعداً، فيجوز؛ لأن المستحَق للشرع في الآلة، إتلاف صورتها وهي التي تتعلق بها الحرمة، دون عينها، فإذا تلفت الصورة بقيت العين مالاً مباحاً، فتجوز المعاوضة به وعليه. ولا يجوز أن يكون الصداق خنزيراً لحرمة تملكه على المسلم، ولا خمراً لذات السبب ولنجاستها. ولا يجوز جعل الشيء المفقود صداقاً؛ لعدم القدرة على التسليم حال الفقد، وكذا الثمرة التي لم يبدُ صلاحها؛ للغرر.

في عينِهِ أو قيمتِهِ، رُبعَ دينارٍ من الذَّهبِ، أو ثلاثةَ دراهمَ من الفِضَّةِ[١]. وأن يكون معلوماً في جنسِهِ دونَ صفتِهِ[٢]، كجعلِهِ شَوْرَةً[٣] لبيتِ الزَّوْجيةِ، أو قطيعاً من الإبلِ، أو صداقَ المثْلِ، ويُقضى لها بالوسطِ من ذلك.

وإذا كان مؤجَّلاً كلُّه أو بعضُه[٤]، وجبَ أن يكونَ الأجلُ معلوماً[٥].

---

(١) وفسد بتسمية ما دون ذلك، وفسخ إلا أن يتمه إلى النصاب، فإن دخل بها أمر بالإتمام لفوات الفسخ. والأصل في اعتبار النصاب في الصداق القياس على نصاب السرقة بجامع استباحة عضو محرم في كل منهما، قال مالك في «الموطأ»: لا أرى أن تنكح المرأة بأقل من ربع دينار، وذلك أدنى ما يجب به القطع. وخصص به قول الله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم﴾ [النساء: ٢٤]. الآية.

(٢) قال ابن شاس: إذ ليس المقصود من النكاح المغابنة والمكايسة، كما في البيع، بل المقصود المكارمة والمحاسنة والألفة. فجاز في النكاح من ذلك ما لم يجز في البيع. وقال محمد بن عبد الحكم: لا يجوز إلا على مقدر معلوم. اهـ.

(٣) **الشورة** ـ ويقال لها: الشوار أيضاً ـ: الأثاث الخاص ببيت الزوجية. وهو يتقيد بالعرف الثابت في بلد البيت الزوجي، وعلى أساس ما عرف منه في ذلك البلد يتبين الوسط منه لدى التعيين.

(٤) ويُستحبُّ أن يكون الصداق معجلاً. قال ابن الحاجب: وكره مالكٌ المؤجلَ، وقال: إنما الصداق فيما مضى ناجزٌ كله، فإن وقع شيء منه مؤخراً، فلا أُحبُّ طوله.

(٥) ولا مانع من أن يكون الأجل طويلاً في مدة تمتد إليها الأعمار عادة، كأربعين سنة. وأما المؤجلُ كلُّه أو بعضُه إلى أجل غير معلوم، كتعليقه على الموت أو الفراق وشبهه، ففاسدٌ لأجل الجهالة. =

وإذا كان الصَّداقُ شيئاً مُعيَّناً، كسيارةٍ مُعيَّنَةٍ، وجبَ تعجيلُ تسليمِهِ للزَّوجةِ. وإذا كان غيرَ مُعيَّنٍ، بل كان دَيْناً مُلْتزَماً في الذِّمّةِ، ولم يكن مؤجَّلاً، فلها منعُ نفسِها من الإجابةِ إلى الدُّخولِ، حتَّى تقبضَهُ[1].

= وجاز جعلُ الأجل يومَ الدخول إن كان محدداً بوقت معلوم، وإلى الميسرة إن كان مليّاً بأن كانت له سلعٌ يرصد بها الأسواق؛ لأنه في حكم المعلوم، أو كان له راتب معلوم من وقفٍ ووظيفةٍ، فإن كان معدماً لم يجز جعل الأجل إلى الميسرة؛ للجهالة.

ويُطلَّق عليه جبراً بعسره بالصداق قبل الدخول.

(١) وخلاصة هذه الفقرة: أن الصداق قد يكون من جنس الأعيان أو من جنس المنافع.

فإذا كان من جنس الأعيان كالنقود والعروض والحيوان والعقار، لم يخلُ من أن يكون معيناً أو ديناً مضموناً في الذمة.

فإن كان معيناً، كهذه السيارة، أو ذاك الثوب، أو تلك الشياه، أو الدار الفلانية، أو ثمار البستان الفلاني، لم يجز أن يشترط تأخير قبضه، لعدد من السنين أو الشهور أو الأيام الكثيرة؛ لأن ذلك من الغرر الذي لا يجوز في المعاوضات من البيع والإجارة ونحوها. ويوضحه أنها تملك الصداق بالتسمية، فيدخل في ضمانها من يومئذ، كالمشترَى. فإن اشتُرط تأخرُ قبضه، لم يُؤمَن أن يهلك قبل القبض، فيكون هلك قبل تمكنها من الانتفاع به والتصرف فيه، وهذا غرر، يشبه بيع السمك في الماء، والطير في الهواء، والبعير الشارد، والعبد الآبق.

ويفسد النكاح باشتراط تأخير تسليم الصداق المعين، إن كان حاضراً، فإن كان غائباً عن بلد العقد، جاز التأخير إلى أجل قريب لا يتغير في مثله عادة. ويحسن التنبيه إلى الفرق في الصداق المعين، بين الاتفاق على تأخير تسليمه، وبين تأخر المرأة أو وليها في قبضه مع تمكين الزوج لهما من ذلك، =

= فالأول لا يجوز لما ذكرنا، والثاني يجوز لأنه يصير بحكم الوديعة في يده.

وإذا كان المهر ديناً مضموناً في الذمة، وكان معجلاً، فلها منع تسليم نفسها للدخول، ومنع نفسها من الوطء بعده، ومن السفر معه، إلى حين تسليمه، فإن مكنته سقط حقها بعد ذلك. وإن كان مؤجلاً، فليس لها منع نفسها من الدخول، ولا الوطء، ولا السفر معه.

وإذا كان المهر منفعة من المنافع، كأن يستأجر من يخدمها مدة معينة، أو يعلمها شيئاً من القرآن، ونحو ذلك، ففي جوازه خلاف بين مالك وأصحابه، فمنعه هو، وكرهه ابن القاسم، وأجازه أصبغ. وإن وقع أُمضي على المشهور من المذهب.

وفي «الموطأ» والصحيحين عن سهل بن سعد الساعدي، في قصة الواهبة نفسها: أن النبي ﷺ قال للذي رغب إليه أن يزوجها إياه: «**هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ تُصْدِقُهَا إِيَّاهُ؟**» فقال: ما عندي إلا إزاري هذا. فقال رسول الله ﷺ: «**إِنْ أَعْطَيْتَهَا إِيَّاهُ جَلَسْتَ لَا إِزَارَ لَكَ، فَالْتَمِسْ شَيْئاً**». فقال: ما أجد شيئاً، فقال: «**الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَماً مِنْ حَدِيدٍ**». فالتمس فلم يجد شيئاً. فقال له رسول الله ﷺ: «**هَلْ مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ شَيْءٌ؟**» فقال: نعم، معي سورة كذا وسورة كذا، لسُوَر سماها. فقال له رسول الله ﷺ: «**قَدْ أَنْكَحْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ**». وفيه حجة لأصبغ، وشيوخ العراقيين في جواز جعل الصداق منافع الأعيان. واستظهره الباجي في «شرح الموطأ». وهو عند غيرهم محمول على تخصيص صاحب القصة بجعل النكاح خالياً من الصداق، وأن النبي ﷺ لم يجعل تعليم القرآن عوضاً للبضع، بل أكرمه بها لأجل ذلك، إذ لو جاز جعل المهر منفعة لما ردد عليه النبي ﷺ الأمر بالتماس عين، ولو كانت خاتماً من حديد، ولأرشده إلى تعليمها القرآن من أول الأمر، ولا سيما أنه أعظم المنافع، وأحق ما أخذ عليه الإنسان أجراً. ويؤيد هذا التأويل ما في رواية لمسلم من طريق زائدة: «**انْطَلِقْ فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا فَعَلِّمْهَا مِنَ الْقُرْآنِ**».

وأما من احتج بقصة شعيب في تزويجه إحدى ابنتيه من موسى، عليهما =

ويستقِرُّ جميعُ الصَّداقِ المسمَّى بالدُّخولِ أو الموْتِ(١)، فإذا

= الصلاة والسلام، على رعي الغنم، فلا أرى فيه وجهاً للحجة؛ لأن رعي الغنم لم يكن منفعة خالصة للمرأة، بل كان منفعة لأبيها، فكان بمنزلة من تزوج امرأة وشرط لوليِّها منافعه مدة معلومة، وهو بهذه الصورة لا يصح في شريعتنا، لوجوب الصداق وكونه خالصاً للمرأة. ولذلك أوَّلَ بعض العلماء الآية بقولهم: ثبت لموسى في ذمة شعيب عليه السلام، عوض معلوم في مقابل ما رعى، فجعل ذلك العوض صداقاً لزوجته، أو إن الإجارة كانت شرطاً جعليّاً في النكاح، وأن المعنى: إني أريد أن أزوجك إحدى ابنتي هاتين، على صداق معلوم، وعلى أن تأجرني ثماني حجج. والله أعلم.

(١) ومعنى هذه الجملة: أن الصداق يجب جميعُه بالعقد، وجوباً غير مستقر، ولا يستقر جميعه إلا بالدخول أو الموت. ولا يصح القول بأن العقد يوجب نصف الصداق فقط، ويكمل النصف الآخر بأحدهما، كما نبه ابن رشد في «المقدمات». فالطلاق قبل الدخول يكون سبباً لسقوط نصفه الواجب بالعقد؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. يعني فيجب النصف ويسقط النصف. فإن عَيَّن لها صداقاً، فزاد أو نقص في عينه أو قيمته، ثم طلقها قبل الدخول، فإن الزيادة لهما والنقص عليهما.

فإذا فارقها قبل التسمية وقبل الدخول بها، فلا شيء لها؛ لقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦]. والدخول الموجب لكمال الصداق، يتحقق إما بالمسيس ـ أي الجماع ـ ولو كان حراماً باعتبار حال وقوعه، كما في أثناء الصوم والحيض، وإما بإقامة سنة يخلو فيها معها؛ لأنه مظنة للمسيس بتلك الحال، والمظنة تنزل منزلة المئنة في حكمها.

وأما فسخ العقد قبل المسيس، فيسقط معه جميعُ الصداق المسمى، ويختلف عن الطلاق في مثل هذه الحال، حيث يسقط معه النصف فقط؛ لأن الفسخ معنى يلغى به العقد ويعدم أثره بخلاف الطلاق.

وأما استقرار جميع الصداق المسمى بموت أحد الزوجين، ولو قبل

طلَّقَها، أو مات أحدُهما، قَبْلَ الدُّخولِ والتسميةِ، فلا شيْءَ لها إلَّا الميراثَ(١). وإذا فارقَها قَبْلَهما، وكان قدْ أقبضَها إيَّاه، وجبَ عليها

= البناء، فدليله من جهة المعنى على ما أوضحنا من أن الصداق يجب جميعه بالعقد، ويسقط نصفه بالطلاق قبل المسيس، والموت معنى ينتهي به العقد، ولا ينفسخ بدليل وجوب الميراث، ونهايةُ العقد كاستيفاء المعقود عليه في الحكم، كما في الإجارة، فإنها تنتهي إما باستيفاء المنافع، وإما بمضي مدتها، وبهذا الاعتبار أشبه الموتُ الدخولَ بدليل وجوب العدة على المتوفى عنها زوجها، كالمطلقة بعد الدخول.

(١) لما رواه مالك عن نافع: أن ابنة عبيد الله بن عمر، وأمُّها بنت زيد بن الخطاب، كانت تحت ابن لعبد الله بن عمر، فمات ولم يدخل بها ولم يسم لها صداقاً، فابتغت أمها صداقها، فقال عبد الله بن عمر: ليس لها صداق، ولو كان لها صداق لم نمسكه، ولم نظلمها، فأبت أمها أن تقبل ذلك، فجعلوا بينهم زيد بن ثابت، فقضى أن لا صداق لها، ولها الميراث. فهذه فتوى عبد الله بن عمر وقضاء زيد بن ثابت وهما من جلة فقهاء الصحابة، وهو قول ابن عباس أيضاً. ويقال من جهة القياس: هذا فراقٌ لمنكوحة على التفويض، حصل قبل المسيس وفرض الصداق، فلم يجب به المهر كالطلاق. ولأن الموت سبب تقع به الفرقة، فلم يجب به المهر، كالفرقة بسبب الرضاع أو الردة. ولأن من لم يتنصف صداقُها بالطلاق، لم يستقر لها بالموت، كمن سمى لها صداقاً ثم أبرأته منه.

وأما من احتج لإثبات الصداق لها بما روي من قضاء النبي ﷺ في بَرْوَعَ بنت واشق الأشجعية، وأنه قضى لها بمهر أمثالها من النساء مع الميراث، حين مات زوجها عنها وكان قد نكحها بغير مهر، وقد كان ابن مسعود سئل عن مثلها فأفتى بمثله من طريق القياس، ثم أُخبر الخبر فسَرَّه ذلك. ففيه اضطراب من جهة تعيين راويه عن النبي ﷺ؛ وقد روي عن علي =

ردُّ النِّصفِ من عيْنه[١]، إذا لم تكنْ قد تصرَّفتْ به في شِراءِ الجِهازِ، وإلَّا لزِمَ الزَّوْجَ النِّصفُ من عيْنِ ما اشترتْ دونَ قيمتِهِ.

وما يُهدِي الزَّوْجُ لزوجتِهِ من هديَّةٍ، أو يَحبي به أباها أو أمَّها من حِباءٍ، قَبْلَ العَقْدِ، فله حُكمُ الصَّداقِ؛ في الرُّجوعِ بنصْفِ عيْنِه أو قيمتِهِ، بالطَّلاقِ قَبْلَ الدُّخولِ. فإن كان ذلك بعْد العَقْدِ، فلا رجوعَ بهِ[٢].

= أنه أُخبر بقصة ابن مسعود، فقال: لا تُصدق الأعراب على رسول الله ﷺ. والله أعلم.

(١) وله أن يعفو لها عنه، فلا يرجع عليها بشيء، كما يجوز للزوجة الرشيدة، ولأبي غيرها، أن يعفُوا عن النصف المستحق لهما على الزوج؛ لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰۚ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْۚ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. ومعنى الآية: فيجب لهن عليكم نصف ما فرضتم من الصداق، إلا أن يعفون لكم عنه إذا كن رشيدات يملكن التصرف في أموالهن، أو يعفو لكم وليهن إن كن غير رشيدات؛ وذلك أن الولي هو الذي بيده عقدة النكاح من جهة المرأة، فاسم الموصول عائد إليه هو دون الزوج؛ فإنه يستبعد أن يذكر الزوج بصيغة الخطاب والغيبة في نسق واحد، فيقال له: فنصف ما فرضتم أيها الأزواج إلا أن يعفو المطلقات أو يعفو الأزواج.. فإذا صح هذا، فالمراد بالولي هنا خصوص الأب ـ أو وصيه ـ دون سائر أولياء النكاح؛ لأنه هو الذي يملك التصرف في مال ابنته غير الرشيدة بما يراه من المصلحة.

(٢) ودليله من السنة ما أخرجه أصحاب السنن عدا الترمذي، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: قال رسول الله ﷺ: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ عَلَى صَدَاقٍ أَوْ حِبَاءٍ أَوْ عِدَةٍ، قَبْلَ عِصْمَةِ النِّكَاحِ، فَهُوَ لَهَا، وَمَا** =

فَصْلٌ
في الإشهاد

والإشهادُ شرْطٌ في النِّكاحِ في الجمْلةِ. فلا بُدَّ منه عند العَقْدِ، أو عند الدُّخولِ بالزَّوْجةِ. فإن عَقَدَ الزَّوْجُ والوَليُّ النِّكاحَ، من دونِ إشهادٍ، صحَّ(١)، ووجبَ الإشهادُ عندَ الدُّخولِ، فإن

= **كَانَ بَعْدَ عِصْمَةِ النِّكَاحِ، فَهُوَ لِمَنْ أُعْطِيَهُ. وَأَحَقُّ مَا أُكْرِمَ عَلَيْهِ الرَّجُلُ ابْنَتُهُ أَوْ أُخْتُهُ**». والحديث يدل أيضاً على أن ما أعطي لولي الزوجة قبل فرض الصداق فلها أن تأخذه منه؛ لأنه مقصود للنكاح، دون ما أعطي له بعده؛ فإنه لا يكون مقصوداً للنكاح بل للمكارمة المحضة.

وإنما لم يتشطر ما أهدي للزوجة بعد العقد؛ لأنه يكون حينئذ مقصوداً للمكارمة، فيكون بسبيل الهبة لا الصداق، فلا يرجع بشيء منه عليها ولو بقي قائماً بيدها.

(١) لأنه عقد من العقود، فوجب أن ينعقد بغير إشهاد، كالبيع والإجارة. ولم يثبت من جهة الشرع ما يخص النكاح باشتراط الإشهاد في عقده، ولو ثبت لكان البيع أحق بالإشهاد منه لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. وحكى ابن قدامة في «المغني» عن ابن المنذر قوله: لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر. وقال ابن عبد البر في «التمهيد»: وقد روي عن النبي ﷺ: «**لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَصَدَاقٍ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ**» من حديث ابن عباس وحديث أبي هريرة وحديث ابن عمر، إلا أن في نَقَلَة ذلك ضعفاً، فلذلك لم أذكره. اهـ.

فإذا ثبت هذا، فإن المقصود بالإشهاد المشروط في النكاح في الجملة إنما هو الإشهار؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**أَعْلِنُوا النِّكَاحَ**». أخرجه أحمد من حديث عبد الله بن الزبير، وصححه ابن حبان والحاكم. وقال: «**فَصْلُ مَا بَيْنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ، الدُّفُّ وَالصَّوْتُ فِي النِّكَاحِ**». أخرجه أصحاب =

أشْهدا عليه حينَ العَقْدِ، كفَى، وكان مستحبّاً. وإن لم يُشهدا في عَقْدٍ ولا دخولٍ، وجبَ التفريقُ بينهما وحدُّهما حدَّ الزِّنى(١)، إلَّا إذا فشا الدُّخولُ بمثلِ الضَّربِ على الدُّفِّ، ونحوِه من علاماتِ الإشهارِ.

ونصابُ الشَّهادةِ في النِّكاحِ: رجلانِ من عُدولِ المسْلمينِ. والعدْلُ من يجتنبُ كبائرَ الذنوبِ، وغالبَ صغائرِها، مع صيانةِ المروءةِ عمَّا يُخلُّ بها من الهيئاتِ والأفعالِ. فإن لم يوجدْ عدولٌ، استُشهدَ أقربُ النَّاسِ إلى العدالةِ، وليُستكثَرْ منهم حينئذٍ، كما في هذا الزَّمانِ.

ولا يجوزُ نكاحُ السِّرِّ؛ وهو: ما أمرَ الزَّوْجُ فيه الشُّهودَ، حين

= السنن إلا أبا داود من حديث محمد بن حاطب. وحسنه الترمذي وصححه الحاكم. فلذلك إذا دخل بالمرأة من دون سابق إشهاد وأعلن النكاح بعرس ونحوه، فإنهما يُقَرَّان عليه.

(١) وذلك أن العقد إذا كان عارياً عن الشهادة، فلا ذريعة فيه إلى الفساد، على حين أن الدخول إذا تعرى عن الشهادة، فإنه يكون ذريعة إلى الفساد، فمُنع منه لأجل ذلك. ولو جاز لكل من وُجد مع امرأة في خلوة أو أقر بجماعها، أن يدعي النكاح، لارتفع حد الزنى عن كل زان!.. فمتى حصل البناء على الوجه الممنوع وجب فسخ ما ادُّعي من النكاح.

وأما إيجاب الحد عليهما، فلأن النكاح لم يتم بالإشهاد عليه ولم يفشُ قبل الدخول ولا عنده، وهذا يسميه بعض السلف: نكاح السر، ويبطلونه. فقد روى سحنون في «المدونة» عن أبي بكر الصديق ﵁: أنه قال: لا يجوز نكاح السر حتى يعلن به ويشهد عليه. وإذا بطل نكاح السر، كان مس المرأة فيه مسّاً في غير نكاح، فوجب الحد. والله أعلم.

العَقْدِ، بكتْمِه عن الناسِ[١]. فإن وقعَ، وجبَ فسْخُه ما لم يدخلْ بها، فإن فاتَ بالدُّخولِ أُمضِي، وعُوقبَ الزَّوْجانِ والوَليُّ والشُّهودُ جميعاً[٢].

فَصْلٌ
في الشروط في النكاح

لا يَجُوزُ أن يَجْعلَ أحدُ الزَّوْجيْنِ أو كلاهُما لنفسِهِ خيارَ التَّروِّي في عَقْدِ النِّكاحِ، إلَّا أن يكونَ في ضِمنِ مجْلسِ العقدِ[٣]، ولا أن

(١) وهذا هو المشهور من معناه، وفسر بعض علمائنا نكاح السر بأنه الذي لم يشهد عليه مطلقاً حتى دخل بها كذلك، أو كانت فيه الشهادة قاصرة عن شرطها في العدد أو في الصفات، كاستشهاد رجل وامرأتين، أو امرأتين. وروي هذا المعنى في «المدونة» عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه، كما سلف قريباً. وروى مالك في «الموطأ» عن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أُتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال: هذا نكاح السر، ولا أجيزه، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت.

ويتفرع على معناه المشهور: أن الولي والزوجة إذا تواطأا مع الزوج على أمر الشهود بالكتم، فهو أحرى أن يكون نكاح سر. وإذا لم يكن أمرهما به حين العقد، بل لقي الزوج أحدهما أو كليهما بعد ذلك، فأوصاه بكتمه فليس بنكاح سر.

(٢) والعقوبة ليس فيها حد مسمى من جهة الشرع، بل هي تعزيرية موكول تقديرها إلى نظر الحاكم، وما يراه فيها كافياً في الزجر والتنكيل.

(٣) وحكى الشافعي في «الأم» وابن قدامة في «المغني» نفي وجود خلاف يعلم بين العلماء في أن خيار التروي لا يثبت في النكاح. ولأن الحاجة لا تدعو إلى ذلك، فإنه في الغالب لا يقع إلا بعد فكر وتروٍّ، وسؤال كل واحد من الزوجين عن صاحبه، فاختلف بهذا عن البيع.

=

يَشترِطَ الوَليُّ على الزَّوْجِ أنَّه إذا لم يأتِ بالصَّداقِ قَبْلَ تاريخِ كذَا، فلا نكاحَ بينَهما.

ولا يَجوزُ أن يَقترِنَ بالنِّكاحِ عَقْدٌ من عقودِ المعاوضةِ، على سبيلِ الشَّرطيةِ فيهِ، كالبيْعِ والإجارةِ والشَّرِكةِ والقراضِ[1].

وإذا لم يَكُنِ الشَّرْطُ الجَعْلي عَقْداً آخرَ، بل كان فعْلاً أو امتناعاً عن فعْلٍ، يلتزِمُه أحدُ الزَّوْجيْنِ لمنْفعَةِ صاحبِهِ، فهو على ثلاثةِ أنْواعٍ:

= وإنما أجاز علماؤنا أن يشترط أحد العاقدين الخيار ما دام في المجلس، على سبيل الاستحسان؛ لخفته وبُعده عن أن يشبه النكاح المؤقت بإدخال شرط التروي عليه.

(١) وذلك كأن يتزوجها على أن يعطيها داراً أو سيارة، وتعطيه ألف دينار، فهو عقد مركب من نكاح وبيع، بجعل بعض الدار أو السيارة صداقاً للمرأة، وبعضها الآخر مبيعاً منها بألف دينار. فلا يجوز في قول ابن القاسم، ويفسخ العقد ما لم يدخل بالزوجة، فإن دخل بها وجب لها صداق المثل؛ ويلغى المسمى لوقوع الخلل في قدره من أجل الشرط. وعلله القرافي في الفرق السادس والخمسين بعد المئة (١٥٦) من «فروقه» بالتضاد الحاصل بين مقاصد العقدين وتنافرهما، إذ جُعل المهر نحلة مفروضة للزوجة، وليس عوضاً لبضعها أو نفسها، والنكاح مبني على المسامحة والمكارمة في جوانبه المالية، بينما البيع مبني على المشاحة والمكايسة.

وقال أشهب: يجوز اجتماع البيع مع النكاح. ووجهه ـ كما قال ابن يونس ـ أنه ليس فيه أكثر من الجهالة بمقدار المهر، وذلك لا يمنع صحة العقد. ولأن للرجل أن يبيع سلعتين له في صفقة واحدة بثمن معلوم، ولا يضره جهل ما يخص كل واحدة منهما من الثمن، فإذا جاز هذا في البيع فلأن يجوز في النكاح أولى.

الأول: أن يكونَ الشَّرْطُ من جنْسِ ما يوجبُه العَقْدُ ويقتضيهِ. كاشتراطِها النَّفَقَةَ، أو السُّكنى، أو العَدْلَ في القَسْمِ مع غيرِها من الزَّوْجاتِ، وكاشتراطِهِ عليها أن يُطلِّقَها متى شاء. فهذا النَّوعُ يجبُ الوفاءُ به؛ لأنَّه تأكيدٌ لما وجبَ بأصْلِ العَقْدِ.

والثَّاني: أن يكونَ الشَّرطُ مناقِضاً لجِنْسِ ما يوجبُه العَقْدُ ويقتضيهِ. كاشتراطِهِ أن لا يُنفقَ عليها، أو أن لا يَقْسِمَ لها، واشْتراطِها أن يؤْثِرَهَا على ضَرَّتِها، أو أن يُنْفقَ على بعضِ أقْربائِها كالوالِدِ والولَدِ والأخِ، أو أن يكونَ أمرُها بيدِها؛ تطلِّقُ نفسَها متى شاءتْ. فهذا النَّوعُ من الشُّروطِ باطلٌ في نفسِهِ، ويوجِبُ بطلانَ العَقْدِ وفسْخَه، ما لم يدخُلْ بها، فإن دخلَ أُمضِي، وأُلغِي الشَّرطُ[1].

---

(١) ويلزمه صداقُ المثل، ويبطل المسمى؛ لأن الشرط أدخل فيه خللاً، يوضحه: أنه لو تزوجها على ألف دينار، على أن لا ينفق عليها، فعوض الشرط داخل في الألف؛ إذ كأنه تزوجها على مئة دينار على غير الشرط، ثم زادها تسعمئة في مقابل شرطه. ولما كان الشرط باطلاً، كان ما قابله من العوض باطلاً، وإذا بطل بعض الصداق بطل كله، كما لو أصدقها مئة دينار، وخمراً أو خنزيراً. ولو تزوجته على ألف دينار، على أن يكون أمرها بيدها، فشرطها جزء من الصداق مع الألف، ولما بطل الصداق في جزء الشرط، بطل في الجميع. وإذا بطل الصداق المسمى، تعين صداق المثل بالدخول، مثل من باع بيعاً فاسداً، ففات المبيع عند المشتري، استرد الثمن من البائع وضمن له القيمة.

ودليل بطلان اشتراط الشروط المنافية لمقتضى العقد، قول النبي ﷺ: «**مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ**». أخرجه الشيخان من حديث =

والثَّالثُ: أن يكونَ الشَّرطُ خارجاً عن النَّوعيْنِ السَّابقيْنِ. كاشتراطِها أن لا يُسافِرَ بها خارجَ بلدِها، أو أن لا يَتزوَّجَ عليها. فهذا النَّوعُ يستحبُّ الوفاءُ به ديانةً، ولا يلزم قضَاءً(١)، ولو اقترَنَ

= عائشة في قصة عتق بريرة. ومعنى «**في كتاب الله**» في شرعه وحكمه، سواء ثبت بكتابه العزيز أو بسنة رسوله ﷺ، إذ كلاهما نور يخرج من مشكاة واحدة. فمعنى الحديث: كل شرط في عقد من العقود، زائد عما جاء به الشرع، فهو باطل. والبطلان يحتمل معنيين؛ عدم جواز الوفاء به، أو عدم لزومه. غير أننا تأملنا في جملة الشروط التي لا يقتضيها الشرع في مطلق عقد النكاح، فوجدناها منقسمة إلى نوع يُبطل ما أوجبه الشرع، كاشتراط الزوج على المرأة أن لا ينفق عليها، أو أن لا يقسم لها، وكاشتراطها عليه أن يؤثرها في القسم، أو أن تطلق نفسها متى شاءت، ونوع لا يبطله، كاشتراطها أن لا يتزوج عليها أو أن لا يسافر بها. فجاز حمل معنى البطلان في الحديث على كل نوع على ما يناسبه، فقلنا: إن الشروط المناقضة لمقتضى العقد فاسدة في نفسها، ويتعدى الفساد إلى العقد أيضاً؛ لأن النهي يقتضي الفساد فيما اشتمل على المنهي عنه من عقد أو عبادة. وقلنا أيضاً: إن الشروط التي ليست مناقضة، ليست فاسدة في نفسها، ولا يلزم الوفاء بها.

(١) فأما استحباب الوفاء بها ديانة؛ فلأنها من جملة الوعد الذي ينبغي الوفاء به، ولما رواه عقبة بن عامر: أن رسول الله ﷺ قال: «**أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ**». أخرجه الشيخان. وهذا يختص بالشروط الجائزة دون الباطلة؛ قال ابن عبد البر في «التمهيد»: معناه والله أعلم: أحق الشروط أن يوفى به من الشروط الجائزة، ما استحلت به الفروج، فهو أحق ما وفى به المرء، وأولى ما وقف عنده. والله أعلم. اهـ.

وقد تبين أن الشروط الجائزة على نوعين؛ نوع يقتضيه مطلق عقد النكاح، كأداء الصداق، والنفقة والسكنى، والعدل في القسم، والمعاشرة بالمعروف، ونوع لا يقتضيه ولا ينافيه، وقد سبق آنفاً وجه الدليل على أن هذا =

بذكْرِ الصَّداقِ حتَّى كان له أثَرٌ في قدْرِه؛ زيادةً أو نقْصاً، إلَّا إذا خرَجَ على سبيلِ اليَمينِ، كقولِهِ لها: إن تزوَّجتُ عليكِ، أو سافرتُ بكِ، فأمرُكِ بيدكِ، أو: فلكِ ألفُ دينارٍ، أو: فأنتِ طالقٌ منِّي، فيقعُ المشروطُ عند وقوعِ شرطِهِ لا محالةَ[1].

= النوع لا يلزم الوفاء به، فلا يقضى به على من شرط عليه من الزوجين، إلا أن يخرج الشرط مخرج الالتزام، كما لو قال لها: إن تزوجت عليك، فأمرك بيدك، أو فلك ألف دينار، فيلزمه المشروط عند وجود شرطه، سواء التزمه في العقد أو بعده. وإذا كان ذلك كذلك، جاز حمل معنى الحديث في كل نوع من الشروط على ما يناسبه، فيجب الوفاء بالشروط الشرعية، ويستحب في الشروط الجعلية الجائزة. ويقويه أيضاً ما رواه ابن حزم في «المحلى» عن سعيد بن عبيد بن السباق؛ أن رجلاً تزوج على عهد عمر بن الخطاب، فشرط لها أن لا يخرجها من دارها، فوضع عمر عنه الشرط، وقال: المرأة مع زوجها. وروى مالك في «الموطأ»: أنه بلغه أن سعيد بن المسيب، سئل عن المرأة تشترط على زوجها، أن لا يخرج بها من بلدها، فقال سعيد بن المسيب: يخرج بها إن شاء.

(١) ومع استحباب الوفاء بهذا الجنس من الشروط، فإن اشتراطها مكروه عند مالك فيما رواه أشهب عنه في «العتبية» و«الموازية»؛ لما فيها من حرمان الزوج من بعض ما يملك غيره بعقد النكاح، ممن لم يُشترط عليه تلك الشروط التي تمنع من تمام منافع النكاح. قال مالك: ولقد أشرت منذ زمان أن يُنهى الناس أن يتزوجوا بالشروط، وأن لا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته. نقله الباجي وابن شاس.

• **تنبيه:**

صدر في بعض الفتاوى الجماعية المعاصرة، الحكم بجواز أن ينكح الرجلُ المرأةَ على أن لا نفقة لها عليه ولا سكنى، وأن لا يأتيها في بيتها إلا في الساعة التي يشاء من الليل أو النهار. وفي إباحة النكاح على هذا الشرط =

= نظر عندي؛ من جهة أن النفقة وسائر الحقوق الزوجية، إنما تثبت بالعقد، فإذا عُقدت عُقدة النكاح وجبت حقوقه، وجاز حينئذ التصرف فيها بالإسقاط المشروط أو المجاني. أما قبل ذلك فلا يملك الرجل ولا المرأة، شيئاً من حقوق الزوجية حتى يسقطها عن صاحبه؛ ألست ترى أن المرأة لا تملك أن تنكح الرجل على غير صداق، أما إن نكحها على شيء سماه لها، ثم أبرأته منه جاز؟ فكذلك الشأن في النفقة والسكنى والقَسم؛ ليس للزوجة أن تسقط شيئاً منه حتى يجب لها، وذلك بتمام العقد، لا قبله ولا عنده. هذا من جهة، ومن جهة ثانية قد بينا أن الشروط الجَعلية إذا كانت مُبطلة للشروط الشرعية التي يقتضيها العقد المطلق، بطلت وبطل النكاح معها عندنا، وعند الشافعية والحنابلة يبطل الشرط والصداق المسمى، ويثبت العقد بمهر المثل. وذلك أن الشرع جعل النكاح سبيلاً إلى إعفاف النفس وطلب النسل، ووكد آصرته بإيجاب المهر والنفقة والسكنى للمرأة، وإيجاب طاعتها لزوجها، والاعتداد منه إذا طلقها أو توفي عنها، وجعل الميراث بينهما. فإذا وقع النكاح على شرط أن لا يطأها، أو لا ينفق عليها، أو على أنها تقيم حيث تشاء عند أهلها أو غيرهم، أو أن لا ميراث بينهما، فقد أبطلا بذلك بعض ما أوجبه الشرع أو قصده، وصار النكاح شبيهاً بالصداقة الحرة التي تنشأ بين الجنسين في مجتمعات لا تدين بدين الله الحق، وذريعة إلى الفساد، لا سيما إذا نُظر إلى ما في واقع هذا النكاح من الحرص على إخفائه عن الناس، وتجنب حمل المرأة منه بأقصى الإمكان.

وقد ذكر الشافعي نحواً مما سبق من تعليل البطلان، فقال في «الأم»: ولو أصدقها ألفاً، على أن لا ينفق عليها، أو على أن لا يقسم لها، أو على أنه في حلٍّ مما صنع بها، كان الشرط باطلاً، وكان له ـ إن كان صداقُ مثلِها أقلَّ من الألف ـ أن يرجع عليها حتى يُصيِّرها إلى صداق مثلها. فإن قال قائل: فلِمَ لا تجيز عليه ما شرط لها وعليها ما شرطت له؟ قيل: رددتُ شرطهما إذ أبطلا به ما جعل الله لكل واحدٍ، ثم ما جعل النبي ﷺ. اهـ. مختصراً. =

فَصْلٌ
في الوليمة

يُندبُ لمن دخَلَ بامرأةٍ تَزَوَّجَها، أن يُولِمَ وليمةً قُبيلَ الدُّخولِ، أو بُعيدَه وهو أوْلَى(١). ومن دُعيَ إليها، وجبتْ عليه الإجابَةُ، إذا

= وقال ابن قدامة في «المغني»: القسم الثاني: ما يبطل الشرط ويصح العقد، مثل: أن يشترط أن لا مهر لها، أو أن لا ينفق عليها، أو إن أصدقها رجع عليها، أو تشترط عليه أن لا يطأها، أو يعزل عنها، أو يقسم لها أقل من قسم صاحبتها، أو أكثر، أو لا يكون عندها في الجمعة إلا ليلة، أو شرط لها النهارَ دون الليل، أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً. فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها؛ لأنها تنافي مقتضى العقد، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد، قبل انعقاده، فلم يصح، كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع، فأما العقد في نفسه فصحيح. اهـ.

(١) أما استحباب الوليمة؛ فثابت من فعل رسول الله ﷺ، وأمره بها. فقد قال أنس بن مالك: ما أولم رسول الله ﷺ على امرأة من نسائه، ما أولم على زينب... الحديث أخرجه الشيخان. وعنه رضي الله عنه أن عبد الرحمٰن بن عوف جاء إلى رسول الله ﷺ، وبه أثر صفرة، فسأله رسول الله ﷺ، فأخبره أنه تزوج. فقال له رسول الله ﷺ: «**كَمْ سُقْتَ إِلَيْهَا؟**» فقال: زنةَ نواة من ذهب. فقال له رسول الله ﷺ: «**أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ**». أخرجه مالك والشيخان. **زنة نواة**: ما يساوي في وزنه خمسة دراهم فضية (=١٢,٦٠غرام). وقال ابن قدامة في «المغني»: لا خلاف بين أهل العلم في أن الوليمة سنة في العرس مشروعة. اهـ.

وأما كونها مفضلة بعد الدخول، فهو المعتمد في المذهب؛ لأن النبي ﷺ أولم على صفية بعد الدخول بها، وهو قافل من غزوة خيبر، وأمر عبد الرحمٰن بن عوف بالإيلام بعد البناء. واختار الباجي في «المنتقى» أن تكون الوليمة قبل الدخول ليتحقق مقصودها من إشهار البناء بالزوجة وإظهاره.

عيَّنه الدَّاعي، ولو كان صائِماً، وليس عليهِ أن يأكُلَ[١]. وتَسقطُ الإجابَةُ بما تَسقطُ به الجُمعَةُ من الأعْذارِ، وبوجودِ ما يَتأذَّى منه المدعُوُّ، أو مُنكرٍ[٢]، كفَرْشِ الحريرِ، أو آنيةِ الذَّهبِ أو الفِضَّةِ، أو صورٍ محرَّمةٍ، أو غناءٍ محرَّمٍ، أو اختلاطٍ محرَّمٍ بينَ الرِّجالِ والنِّسَاءِ.

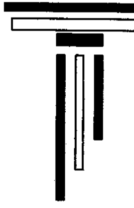
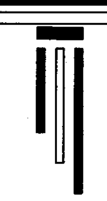
* * *

(١) فقد روى ابن عمر: أن رسول الله ﷺ قال: «**إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى وَلِيمَةٍ فَلْيَأْتِهَا**». أخرجه مالك والشيخان. وظاهر الأمر الوجوب، ويعضده ما أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة؛ أن رسول الله ﷺ قال: «**شَرُّ الطَّعَامِ طَعَامُ الْوَلِيمَةِ يُمْنَعُهَا مَنْ يَأْتِيهَا، وَيُدْعَى إِلَيْهَا مَنْ يَأْبَاهَا، وَمَنْ لَمْ يُجِبِ الدَّعْوَةَ فَقَدْ عَصَى اللهَ وَرَسُولَهُ**». وقال ابن عبد البر في «التمهيد»: لا أعلم خلافاً في وجوب إتيان الوليمة لمن دعي إليها إذا لم يكن فيها منكر ولهو. اهـ.

وأما عدم وجوب الأكل فثابت من حديث جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «**إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى طَعَامٍ فَلْيُجِبْ، فَإِنْ شَاءَ طَعِمَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ**». أخرجه مسلم.

(٢) أما كون ما يتأذى منه المدعو مسقطاً لوجوب الإجابة؛ فلأن مبنى الدعوة والإجابة إليها، قائم على ما بين المسلمين من التكريم والموالاة، وتأكيد المودة والإخاء، وما يؤذي المدعو ينافي هذه المقاصد ويعارضها، فوجب أن يكون مؤثراً في سقوط الواجب. وأما المنكر فلأن المسلم مأمور من جهة الشرع أن يترك المنكر ويجانب أهله، وهو حق لله عليه، وإجابة الدعوة حق لأخيه عليه، وما كان حقّاً لله أولى بالمراعاة من حق العبد. والله أعلم.



باب عيوب الزوجين

وعَقْدُ النِّكاحِ عَقْدٌ لازمٌ؛ بمجرَّدِ تمامِهِ مستكمِلاً لشروطِهِ وأركانِهِ؛ فليسَ لأحدِ الزَّوْجيْنِ خيارٌ بفسْخِه، إلَّا بطريقِ الطَّلاقِ أو الخُلعِ، أو لوجودِ عيْبٍ بأحدِ الزَّوْجيْنِ، يوجبُ للآخرِ الخيارَ بيْنِ فسخِ العَقْدِ والرِّضا به[1].

(١) إن لم يسبق له به علم ولم يرضَ به، فإن علم به قبل العقد، أو بعده ورضيه صراحة أو ضمناً، سقط حقه في الخيار بعد ذلك.

وثبت خيار الفسخ بالعيب في النكاح بقضاء الصحابة والقياس. ورويت في ذلك عن رسول الله ﷺ أشياء لا تثبت. فأما قضاء الصحابة، فما رواه مالك في «الموطأ» عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب: أنه قال: قال عمر بن الخطاب: أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص، فمسها، فلها صداقها كاملاً، وذلك لزوجها غُرمٌ على وليها. ورواه عبد الرزاق في «المصنف» من طريق آخر، وقال فيه: وعلى الولي الصداق بما دلس كما غره. وروى في «المدونة» أيضاً نحواً من قول عمر، عن علي وابن عباس. وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب؛ لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح، فإن الجذام والبرص يثيران نفرة في النفس تمنع قربان المصاب بأحدهما، ويخشى تعديه إلى النفس والنسل، والجنون يثير نفرة ويخاف من صاحبه الجناية. ولأن العمى والعور والسواد، مثلاً، من الأمور الظاهرة التي لا تخفى، فكان من السهل تبينها عند الخطبة وقبل العقد.

وقاس مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ ـ كما في «المدونة» ـ داء الفرج على الأدواء المذكورة؛ لأن المعنى الذي حكم الصحابة بالرد لأجله، موجود في عيوب الفرج، بل =

والعيوبُ الموجِبةُ للخيارِ أرْبعةٌ: الجُنونُ[١]، والجُذامُ، والبَرَصُ[٢]، وداءُ الأعضاءِ التَّناسليةِ. هي في الرِّجالِ: الخِصاءُ، والجَبُّ، والاعتراضُ، والعُنَّة[٣]. وفي النِّسَاءِ: القرَنُ، والرتَقُ، والعفَلُ، والإفضاءُ، والبَخَرُ[٤].

= هو فيها أشد، لأن بعضها يمنع أصل الوطء، وبعضها يمنع لذته وفائدته. والله أعلم.

(١) قال ابن الحاجب: الجنون: الصرع، والوسواسُ: المُذهب للعقل. وهو موجب للخيار ولو كان متقطعاً، بحيث يحدث فيما لا يقل عن مرة في الشهر.

(٢) وإذا حدثت العيوب الثلاثة المذكورة في الزوج، بعد العقد، وكان الجذام بَيناً، والبرصُ مضرّاً، فللزوجة الخيار بالفسخ ولو بعد الدخول بها، ويُؤجل سنةً لرجاء البرء، ولها النفقة فيها؛ لأنها مستحقة لها بالتمكين، وهو موجود منها. أما الزوج فلا خيار له عليها إذا حدثت بعد العقد؛ لأن له أن يطلقها إذا شاء، ولو ثبت له الفسخ، لم يجب له أكثر من ذلك، إذ ليس له أن يرجع بشيء من الصداق بعدما دخل بها. أما لو حدث العيب بها قبل الدخول، ففسخ العقد لأجله، فله الرجوع بجميع ما أصدقها.

(٣) قال ابن الحاجب: **المجبوب**: المقطوع ذكرُه وأنثياه، **والخَصِي**: المقطوع أحدُهما وإن كان قائم الذكر، **والعِنِّين**: ذو ذكر لا يتأتى به الجماع. **والمعترَض**: بصفة المتمكن ولا يقدر، وربما كان بعد وطءٍ، وربما كان في امرأة دون أخرى.

(٤) **القرن**: شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة يكون لحماً غالباً فيمكن علاجه، وتارة يكون عظماً فلا يمكن علاجه. **والرتق**: انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن الجماع معه. **والعفل**: لحم يبرز في القبل يشبه الأُدرة (انتفاخ الخصيتين)، ولا يخلو عن رشح. وقيل: رغوة تحدث في الفرج عند الجماع. **والإفضاء**: اختلاط مسلكي البول والذكر. **والبخر**: النتونة، والمقصود هنا بخر الفرج دون الفم. =

ولا خيارَ بغيرِ هذهِ العيوبِ، كالعَمى، والعَوَرِ، والسَّوادِ، والعَرَجِ، والثُّيوبةِ[١]، إلَّا إذا اشترط الزَّوْجُ ذلك صراحةً في العَقْدِ، أو كان الشَّرطُ مستفاداً من مضمونِ ما يصفُ به الرَّجلُ ولِيَّته للخاطِبِ عند خِطبتِها منه.

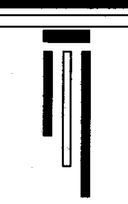
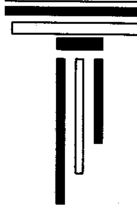
وإذا حصلَ الفراقُ لعيْبٍ قَبْلَ المَسيسِ، فلا شَيءَ للزَّوجةِ من صداقِها المسمَّى. فإذا كان قدْ مسَّها، استحقَّتْهُ كاملاً، سواءٌ فسخَتِ العَقْدَ لعيبٍ فيه هو، أو فسخَهُ لِعَيْبٍ فيها هي. ويرجِعُ الزَّوْجُ بعد ذلك بجميعِهِ على وليِّها، إن غرَّه، وإلَّا رجعَ على الزَّوْجةِ به كلِّه، إلَّا ما يساوي في عينِهِ أو قيمتِهِ رُبعَ دينارٍ ذهبيٍّ، إن كان العيْبُ مما لا يَطَّلعُ عليه الوَليُّ عادةً.

* * *

= وقال ابن شاس: أما داء الفرج في المرأة؛ فقال ابن حبيب: تفسيره: ما كان في الفرج مما يقطع لذة الوطء، مثل: العفَل والقرَن والرتَق... وروى ابن المواز عن مالك: إن كلَّ ما يكون عند أهل المعرفة من داء الفرج، فإن للزوج الرد به، وإن لم يمنع الوطء، مثل: العفَل القليل والقرن وحرق النار. اهـ.

أقول: وعلى هذا فلا نتكلف في تفسير أسماء هذه الأدواء؛ لأنها مجرد أمثلة لبيان المقصود.

(١) وكذا الشلل، وقطع عضو، ونتن الفم، وكثرة الأكل. وإنما لم تكن هذه العيوب مؤثرة في ثبوت الخيار؛ لأنها لا تمنع الاستمتاع، ولا يخشى منها التعدي إلى الزوج الآخر، ولأنه قلما يوجد إنسان يخلو من نقص أو عيب في خَلقه أو خُلقه.

باب العشرة الزوجية

إذا دعا الزَّوْجُ الزَّوْجَةَ إلى الدُّخولِ، وجبَ عليها تَسْليمُ نفسِها له، إذا كانتْ قدْ قبضَتْ معجَّلَ مهرِها منه، وإلَّا فلها الامْتناعُ حتَّى تقبضَه. وإذا دعا أهلُ الزَّوْجةِ الزَّوْجَ للدُّخولِ، وجبَ عليه الإجابةُ، أو إجْراءُ النَّفَقَة عليها من يومِ الدَّعوةِ[1].

ويحِلُّ لكلٍّ من الزَّوْجَيْنِ الاسْتمتاعُ بجميعِ بدَنِ صاحبِهِ، على جميعِ الوُجوهِ والهيْئاتِ[2]، إلَّا الإيلاجَ في الدُّبرِ؛ فهو

(١) والتعجيل بإجابة الزوجة دعوةَ زوجها للدخول، لا يمنع من أن تعطى مهلة بقدر ما يهيئ أمثالها من النساء أمرهن لذلك، فيما تقتضيه مجاري العادات.

وإذا دُعي الزوج للدخول بزوجته، فادعى العسر بما عليه من صداقها المعجل، أجَّله الحاكم ثلاثة أسابيع لإثباته بالبينة، فإن أثبته ضرب له ما يراه كافياً من الآجال عسى أن يتيسر فيه حاله، فإن حل الأجل المضروب ولم يتيسر حاله، ألزمه الطلاقَ وإلا طلَّق عليه جبراً، ويبقى عليه نصف الصداق ديناً في ذمته.

(٢) لقوله تعالى: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣]. يعني كيف شئتم، فدل على عموم جميع الهيئات. وكما يكون مباحاً إتيان الزوجة على أي هيئة تيسرت، فكذلك يباح نظر أحد الزوجين إلى أي موضع من بدن صاحبه من غير استثناء؛ لما في ذلك من الدواعي إلى الوطء على أكمل الوجوه، فأشبه التقبيل والمس، ولحديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده، =

حرَامٌ[(١)]. ويحِلُّ الجِمَاعُ في جميع الأحْوالِ، إلَّا في الحيْضِ

= قال: يا رسول الله؛ عوراتنا ما نأتي منها وما نذر؟ قال: «**احْفَظْ عَوْرَتَكَ إِلَّا مِنْ زَوْجَتِكَ أَوْ مَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ**». أخرجه أصحاب السنن، وحسنه الترمذي وصححه الحاكم.

(١) قال ابن عسكر في «الإرشاد»: ويُؤدب فاعله، ويتعلق به جميع أحكام الوطء إلا فيئةَ المولي وإحلالَ المبتوتة.

ودليل النهي عنه ما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ: أنه قال: «**مَلْعُونٌ مَنْ أَتَى امْرَأَتَهُ فِي دُبُرِهَا**». أخرجه أبو داود والنسائي في «الكبرى». وصححه أبو عوانة. وفي رواية عن ابن عباس: «**لَا يَنْظُرُ اللهُ إِلَى رَجُلٍ أَتَى رَجُلاً أَوِ امْرَأَةً في الدُّبُرِ**». أخرجه الترمذي وحسنه، والنسائي في «الكبرى»، وصححه ابن حبان. وجملة الأحاديث الواردة في هذا الباب، يشد بعضها بأزر بعض في إثبات النهي عنه. وقال ابن الجوزي في «التحقيق»: قد روى النهيَ عن هذا ـ يعني إتيان النساء في أدبارهن ـ جماعة من الصحابة عن رسول الله ﷺ؛ منهم عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وابن مسعود، وأبو ذر، وجابر بن عبد الله، وعبد الله بن عمرو، وعبد الله بن عباس، والبراء بن عازب، وعقبة بن عامر، وخزيمة بن ثابت، وطلق بن علي. وقد رُوي النهيُ عن ذلك عن جماعة من الصحابة والتابعين، وقد ذكرتُ جميع ذلك في جزء أفردت فيه هذه المسألة مستوفاة.اهـ. وردَّ ابن القيم في التعليق على «سنن أبي داود» ما روي عن بعض الصحابة في إباحته، بما فيه كفاية.

وقال النووي في «شرح مسلم»: اتفق العلماء الذين يعتد بهم على تحريم وطء المرأة في دبرها حائضاً كانت أو طاهراً، لأحاديث كثيرة مشهورة.اهـ. ولأنه لو كان حلالاً لأرشد الشرع إلى الاقتصار عليه في حال الحيض، فأفهم قوله تعالى: ﴿فَٱعۡتَزِلُواْ ٱلنِّسَآءَ فِي ٱلۡمَحِيضِ وَلَا تَقۡرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطۡهُرۡنَۖ﴾ بدلالة اللزوم أن الدبر ليس موضعاً للإتيان بحالٍ؛ خصوصاً وأنه قال بعد ذلك: ﴿فَإِذَا تَطَهَّرۡنَ فَأۡتُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ أَمَرَكُمُ ٱللَّهُۚ﴾ [البقرة: ٢٢٢]. ولم يثبت في الشرع أن الله أمر بالإتيان في الدبر. =

والنِّفاسِ، والصِّيامِ. ويَحرُمُ الاستمتاعُ بالجِمَاعِ وما دونَهُ، في أثناءِ الاعتكافِ، والإِحْرامِ بأحدِ النُّسُكَيْنِ، وفي العِدَّةِ من طلاقٍ بائنٍ؛ لانقطاعِ الزَّوْجيةِ بهِ، ومن رجْعيٍّ إلَّا أن يقصِدَ بهِ المُراجعةَ. ولا يجوزُ العزْلُ عن الزَّوْجةِ إلَّا بإذْنِها[1].

= ولأن الله إنما حرم قربان الفرج في حال الحيض لأجل النجاسة العارضة، فكان الدبر أولى بالتحريم للنجاسة اللازمة. مع ما فيه من الذريعة إلى استمرائه والاستغناء به عن الفرج الذي يتعلق به مقصد النكاح؛ وقد يورث في النفس شبقاً إلى فعل ذلك بالذكران من العالمين، نسأل الله الصون والعافية.

● **تنبيه:**

حكي عن مالك رَحِمَهُ اللهُ القول بإباحة إتيان النساء في أدبارهن، وكان بعض شيوخ المذهب يفتي به، منهم القاضي أبو محمد الأصيلي، وصنف في إباحته ابن سحنون وابن شعبان. والصحيح من مذهبه ما ذكرنا. قال الحطاب في شرح قول الشيخ خليل: «**وتمتعٌ بغيرِ دُبرٍ**»: وأما الوطء في الدبر؛ فالمشهور ما ذكره المصنف أنه لا يجوز، والقولُ بالجواز منسوب لمالك في «كتاب السر» وموجود له في اختصار «المبسوط». اهـ. وقال أبو العباس القرطبي في «المفهم»: وحُكي ذلك عن مالك في كتاب يُسمَّى «كتاب السرّ»، ونُسب الكتاب إلى مالك، وحذاق أصحابه ومشايخهم ينكرونه. وقد حكى العُتْبِيُّ إباحة ذلك عن مالك، وأظنه من ذلك الكتاب المنكرِ نَقَلَ؛ وقد تواردت روايات أصحاب مالك عنه، بإنكار ذلك القول وتكذيبه لمن نقل ذلك عنه. وقد حكينا نصَّ ما نُقل عن مالك من ذلك، في جزء كتبناه في هذه المسألة سَمَّيناه: «إظهار إدبار من أجاز الوطء في الأدبار». اهـ.

(١) فيجوز العزل إذا أذنت بذلك، كما يجوز في غير الزوجة من المملوكات من غير إذنهن. **والعزل**: إلقاء النطقة خارج الفرج. وإنما امتنع في حق الزوجة؛ لأن فيه حرماناً لها من حقها في كمال اللذة وطلب الولد. =

ومِن حقِّ المَرْأَةِ على زوْجِها أن يزورَها والِدَاها وأولادُها من غيرِه، ولها أن تزورَ والدَيْها ولو كانتْ شابَّةً، إذا كانت مأمونةً على نفسِها. فإن حلفَ على منْعِهم من زيارَتِها، أو على منْعِها من زيارَتِهم، أُحْنِثَ في الحالتيْنِ. ويُقضى للصِّغارِ من أولادِها بزيارَتها مرَّة في اليومِ، وللكبارِ منهم ووالدَيْها مرَّة في الأسبوعِ.

ولا يُقضَى لأخٍ ولا عمٍّ ولا خالٍ، بزيارَتِها.

وعلى الزَّوْجةِ ملازمةُ بيْتِ الزَّوْجيةِ لحقِّ زوجِها، فلا تَخرُجْ إلَّا بإذنِهِ، أو لواجبٍ شرْعيٍّ، فإن خالفتْ كانتْ ناشِزَةً(١). وعليها

= ودليل إباحة العزل من السنة حديث أبي سعيد الخدري؛ قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ في غزوة بني المصطلق، فأصبنا سبياً من سبي العرب، فاشتهينا النساء واشتدت علينا العزبة، وأحببنا العزل، فأردنا أن نعزل، فقلنا: نعزل ورسول الله ﷺ بين أظهرنا قبل أن نسأله؟ فسألناه عن ذلك، فقال: **«مَا عَلَيْكُمْ أَنْ لَا تَفْعَلُوا، مَا مِنْ نَسَمَةٍ كَائِنَةٍ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ، إِلَّا وَهِيَ كَائِنَةٌ»**. أخرجه مالك والشيخان. و«**لا**» في قوله: «**أَنْ لَا تَفْعَلُوا**» صلة لتأكيد الإثبات وليست نافية، كقوله تعالى: ﴿لِئَلَّا يَعْلَمَ أَهْلُ الْكِتَابِ أَلَّا يَقْدِرُونَ عَلَىٰ شَيْءٍ مِّن فَضْلِ اللَّهِ﴾ [الحديد: ٢٩]. أي: ليعلم. وقوله: ﴿مَا مَنَعَكَ أَلَّا تَسْجُدَ إِذْ أَمَرْتُكَ﴾ [الأعراف: ١٢]. أي: أن تسجد.

● **فرع:**

قال في «الشرح الصغير»: لا يجوز إخراج المني من الرحم، ولو لدون أربعين يوماً من علوقه، وأما بعد النفخ فيحرم إجماعاً.

(١) وتسقط نفقتها إذا خرجت من محل طاعة زوجها بغير إذنه، ولم يقدر على ردها إلى محل طاعته؛ لا بنفسه ولا بقوة السلطان. أما مجرد خروجها بغير إذنه فلا يكفي في سقوط نفقتها، وإن كان يوجب له حق التأديب عليها في ذلك. ووجه إسقاط نفقتها بمثل ما ذكرنا؛ أن النفقة مستحقة لها عليه =

الإجابةُ للفراشِ متى طلبَها، إلَّا لمانعٍ شرْعيٍّ[(١)]، وعلى الزَّوْجِ إعفافُها بالجِمَاعِ.

وليستْ خدْمةُ الزَّوْجِ بواجبةٍ على زوجتِهِ، وإنما هي من حُسنِ المعاشَرَةِ، فلا يُقضى عليها بذلكَ[(٢)]. ولها عليه نَفَقَتُها وكسوتُها

= في مقابل التمكين من الاستمتاع، فإذا عُدم التمكين لم تجب النفقة، كالثمن والمثمون في البيوع، فإن أحدهما في مقابل الآخر.

(١) كما إذا كانت صائمة أو محرمة. أما الحيض فليس بمانع؛ لأنه يحل له الاستمتاع منها بما دون الوطء. وتسقط نفقتها بإصرارها على منعها نفسَها من الوطء والاستمتاع من غير عذر. ويدل على حرمة امتناع الزوجة من إجابة زوجها للفراش ما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ: أنه قال: «**إِذَا دَعَا الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ إِلَى فِرَاشِهِ، فَأَبَتْ، فَبَاتَ غَضْبَانَ عَلَيْهَا، لَعَنَتْهَا الْمَلَائِكَةُ حَتَّى تُصْبِحَ**». أخرجه الشيخان. وتخصيص الليل بالذكر لأنه المظنة لذلك، لا أنه يجوز لها الامتناع في النهار، ويدل له ما أخرجه مسلم بلفظ: «**وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، مَا مِنْ رَجُلٍ يَدْعُو امْرَأَتَهُ إِلَى فِرَاشِهَا، فَتَأْبَى عَلَيْهِ إِلَّا كَانَ الَّذِي فِي السَّمَاءِ سَاخِطاً عَلَيْهَا حَتَّى يَرْضَى عَنْهَا**».

(٢) لأن إخدام الزوجة وما يتعلق بشؤون المنزل، مستحقٌّ على الزوج كالنفقة؛ لأنه من تمام حاجتها، وما كان مستحقّاً لها لا يكون مستحقّاً عليها. إلا أن علماءنا قالوا: إذا عجز الزوج عن إخدام زوجته، لم تستحق عليه الطلاق بذلك، بخلاف عسره بنفقتها. وأن عليها إذ ذاك الخدمة الباطنة، كالعجن والطبخ والكنس والغسل والفرش، وليس عليها الخدمة الظاهرة، كالنسج والغزل والطحن؛ لأن الخدمة الظاهرة من الأعمال التي يُتكسب بها عادة، وليس ذلك بواجب على الزوجة ولو كان العرف بخلافه.

● **فائدة:**

إذا انتقل الزوج من بلده أو من بلد الزوجة، وسافر بها إلى بلاد أخرى، لزمها الانتقال معه وإن كرهته، إن كان مأموناً عليها محسناً إليها.

وسُكناها بالمعْروفِ(١).

فَصْلٌ
في العدل بين الزوجات

ويجبُ العدْلُ في القَسْمِ بينَ الزَّوْجاتِ(٢)، وهو المساواةُ بينهنَّ في المبيتِ ومُدَّةِ المُقام، دونَ الجِمَاعِ، فله التفاوتُ فيه(٣)، إلَّا أن يمتنعَ عن إحداهُنَّ لتوفيرِ لذَّته للأخرى، فلا يجوزُ إذ ذاكَ. وكذلك ليس عليه المساواةُ في النَّفَقَةِ والكِسْوةِ، بل كلٌّ واحدةٍ تستحقُّ عليه من ذلك على قدْر حالِها.

---

(١) وسيأتي تفصيله في باب النفقات.

(٢) والأصل فيه من كتاب الله قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ [النساء: ٣]. يعني: إن خفتم أن لا تعدلوا بين النساء، فالزموا واحدة لا تزيدوا عليها. ووجه الدلالة منه: أن العدل لو لم يكن واجباً، لم يعلق الشرع على العجز عنه، مَنْعَ الزيادة على الواحدة. وعن أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «**مَنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ، فَمَالَ إِلَى إِحْدَاهُمَا، جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ مَائِلٌ**». أخرجه أصحاب السنن. ولفظه عند الترمذي: «**إِذَا كَانَ عِنْدَ الرَّجُلِ امْرَأَتَانِ، فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا، جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ سَاقِطٌ**». وصححه ابن حبان والحاكم.

وحق القسم يفوت بفوات زمنه وإن كان ظالماً فيه، فلا ترجع من فات عليها ذلك بشيء منه على ضراتها.

(٣) لقوله تعالى: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓا۟ أَن تَعْدِلُوا۟ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُوا۟ كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلْمُعَلَّقَةِ ۚ﴾ [النساء: ١٢٩]. يعني: لن تملكوا قلوبكم في ميل الطبع بالمحبة والجماع والحظ من القلب. فرفع العذر عن البشر في ذلك. وكان النبي ﷺ يقسم لنسائه فيعدل، ويقول: «**اللَّهُمَّ هَذَا قَسْمِي فِيمَا أَمْلِكُ، فَلَا تَلُمْنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ**». أخرجه أصحاب السنن عن عائشة، وصححه ابن حبان والحاكم.

وإذا جدَّد نكاحاً، أقامَ عندَ الجديدةِ بعدَ الدُّخولِ، سبْعاً إن كانتْ بِكراً، وثلاثاً إن كانتْ ثيِّباً، ثم استأنفَ القَسْمَ بالسَّويةِ[١]. وله

(١) لحديث أنس رضي الله عنه قال: السنة إذا تزوج البكر أقام عندها سبعاً، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً. أخرجه مالك والشيخان. قال مالك عقبه: وذلك الأمر عندنا. وعن أبي بكر بن عبد الرحمٰن: أن رسول الله ﷺ حين تزوج أم سلمة وأصبحت عنده قال لها: «**لَيْسَ بِكِ عَلَى أَهْلِكِ هَوَانٌ، إِنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ عِنْدَكِ، وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ، وَإِنْ شِئْتِ ثَلَّثْتُ عِنْدَكِ وَدُرْتُ**». فقالت: ثلِّثْ. أخرجه مالك ومسلم. وفي رواية لمسلم: «**إِنْ شِئْتِ زِدْتُكِ، وَحَاسَبْتُكِ بِهِ، لِلْبِكْرِ سَبْعٌ وَلِلثَّيِّبِ ثَلَاثٌ**».

تلخيص بقية أحكام القَسْم من «أقرب المسالك»:

١ ـ يجب القَسْم في الأصل لكل واحدة يوماً وليلة (٢٤ ساعة)، ويُندب الابتداء بالليل.

٢ ـ يجوز بالتراضي معهن الزيادة والنقص على المدة المذكورة في البند السابق. كأسبوعٍ أسبوعٍ.

٣ ـ يجوز استدعاؤهن لمحله الذي يقيم فيه، بحيث تأتيه كل واحدة في نوبتها من بيتها. والأفضل أن يأتي هو لهن لعمل رسول الله ﷺ.

٤ ـ تجوز معاوضة الزوجة في مقابل هبتها نوبتَها لضرتها، سواء بذَلَ العِوضَ الزوجُ أو غيرُه، كضرتها أو بعض أقاربها كأبيها أو أمها أو أخيها. ولها معاوضة زوجها على إمساكه إياها في العصمة، إذا خشيت أن يطلقها؛ كما يجوز للزوج الاعتياض من زوجته، على أن يزيد في حسن عشرته لها على القدر المستحق لها بالعقد.

وهذه الأحكام ترجع في أصلها إلى الخلع، فهي مقيسة عليه، حيث أجاز الشرع للمرأة افتداء نفسها من زوجها بعوض مالي تبذله له، فكما يجوز لها أن تبذل مالاً في سبيل افتداء نفسها، فكذلك يجوز لها أن تبذل مالاً في سبيل استبقاء نفسها في عصمة الزوج، أو التنازل له عن شيء من حقوقها في =

أن يجمَعَهُنَّ في دارٍ واحدةٍ، ولو بغيرِ رضاهنَّ، إذا أفْرَدَ كُلَّ واحدةٍ منهنَّ بِبيْتٍ من الدَّارِ.

فَصْلٌ
في الشقاق بين الزوجين

وللزَّوجِ حقُّ التأديبِ على امرأتِهِ إذا نَشَزَتْ؛ فيعظُها، ثم يهجُرُها في المضجَعِ، ثم يضربُها ضرْباً غير مبرِّحٍ، إذا ظنَّ

= مقابل إمساكها. ويدل على ذلك أيضاً قوله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾ [النساء: ١٢٨]. قالت عائشة: هي المرأة تكون عند الرجل، لا يستكثر منها، فيريد طلاقها، ويتزوج غيرها، تقول له: أمسكني ولا تطلقني، ثم تزوج غيري، وأنت في حل من النفقة علي والقَسْم لي. فذلك قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]. أخرجه الشيخان.

٥ ـ إذا وهبت المرأة نوبتها من ضرتها جاز للزوج الاعتراض عليها، لحقه على الواهبة. فإن رضي اختصت تلك الضرةُ بالنوبة دون غيرها؛ لما ثبت في الصحيحين من أن أم المؤمنين سودة بنت زمعة رضي الله عنها وهبت يومها وليلتها لعائشة، فكان النبي ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة. وإذا وهبت النوبةَ للزوج، فإنه لا يجعلها لإحدى الضرات على حساب البواقي، بل ينتقل فقط إلى التي تلي الواهبة في الترتيب؛ لأنها لما وهبتها له صارت كالمطلقة. بينما إذا اشترى هو النوبة منها بثمن كان له أن يخص بها بعد ذلك من يشاء منهن.

٦ ـ يجوز للزوجة التي وهبت نوبتها أن ترجع في ذلك قبل الاستيفاء؛ مراعاة لضعف النساء عن الوفاء بذلك لمكان غيرتهن.

٧ ـ لا يجوز له الدخول على الضرة في نوبة أختها، إلا لحاجة، ولا يمكث بعد قضائها.

فيه الإفادةَ[1].

وإذا حصلَ شقاقٌ بيْنَ الزَّوْجيْنِ، وبلغ الحاكمَ، بعثَ حَكَماً من أهلِهِ وحَكَماً من أهلِها، يَحكمانِ بينهما[2]، فيستقصيان في معرفَةِ

---

(١) لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٣٤]. **والنشوز في** الشرع: اسم لمعصية الزوج فيما فرض الله على زوجته من طاعته. وأصله في اللغة من النشز وهو الارتفاع. والمناسبة بين المعنيين اللغوي والشرعي، تتضح في أن المرأة إذا عصت صارت كأنها مرتفعة متعالية عما فرض الله عليها من طاعة زوجها. وأدخل علماؤنا رحمهم الله ترك فرائض الله كالصلاة والصيام، في جملة النشوز الموجب لحكمه.

ومعنى الآية السابقة؛ بتقدير ما فيها من إضمار: واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن، فإن نشزن فاهجروهن في المضاجع، فإن أصررن فاضربوهن. وذلك لأن المقصود زجرها عن المعصية في المستقبل، وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل.

وأطلق القرآن في الضرب الذي أذن فيه للزوج بنشوز زوجته، وقيدته السنة ـ كما ذكرنا في المتن ـ بغير المبرح، فيما رواه مسلم عن جابر. **والمبرح**: الشديد الشاق الذي يكسر العظم أو يشين اللحم.

وإذا تعدى الزوج زجره الحاكم بالوعظ فالتهديد فالضرب إن ظن الإفادة؛ لأن الضرب التأديبي الذي يتولاه القاضي في مثل هذه الحال، والزوج على زوجته والأب على أولاده والمعلم على تلاميذه، لا يشرع لغرض التشفي بل للتأديب، فيجب أن يغلب على الظن أنه ينتج فائدته. ويجوز للزوجة طلب التطليق إذا ضربها الزوج بغير وجه حق، ولو وقع منه للمرة الأولى.

(٢) لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ﴾ الآية [النساء: ٣٥]. والأمر في قوله: **فابعثوا**، للحكام والأمراء. =

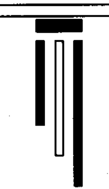
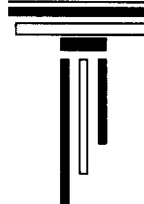
الأسبابِ، وعليهما بذلُ الوُسعِ في الإصلاحِ والجمْعِ، فإن تعذَّرَ، فلهما التفريقُ بالخُلعِ إن كانتِ الإساءةُ منها، وبالطَّلاقِ المجرَّدِ إن كانتْ منه. وتفريقُهما يكون طلْقةً واحدةً بائِنةً، وهي لازمةٌ للزوجيْنِ. ويَنفُذُ ما يَحكمانِ به دون توقُّفٍ على إمضاءِ قاضِي البلدِ(١).

وشرطُ الحَكميْنِ: العدالةُ، والذُّكورةُ، والرُّشدُ، والفِقهُ بموضوعِ الشِّقاقِ الزَّوْجِيِّ.

* * *

= وكون الحكمين من أهلي الزوجين إذا وجدا بصفات من يصلح أن يحكم، وإلا فأي مسلم من المسلمين إذا كان من العدالة والعلم بحيث يستطيع أن يحكم، جاز تحكيمه.

(١) وذلك كله مبني على كونهما حكَميْنِ كما وصفهما الله تعالى، وليسا وكيلين للحاكم ولا شاهدين فيما يخبرانه به، فوجب أن يكون ما يقررانه من الجمع أو التفريق، حكماً لازماً للزوجين نافذاً عليهما، ولازماً للحكام قبوله وتنفيذه. وروى مالك في «الموطأ» بلاغاً عن علي رضي الله عنه: أنه قال في الحكمين اللذين قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾ ... الآية؛ قال: إن لهما الفرقة بينهما، والاجتماع.

باب الأنكحة الفاسدة

وكلُّ نِكاحٍ اختَلَّ رُكنٌ من أركانِهِ[١]، أو شَرْطٌ من شُروطِ صحَّتِه[٢]، أو انعقَدَ على شرْطٍ مناقِضٍ لمقصودِهِ، فهو فاسِدٌ، فيجِبُ فسخُه بِكُلِّ حالٍ إن كان ممَّا أجْمعَ العُلماءُ على فسادِهِ. فإن كان ممَّا اختَلفوا فيه، ودَخَل بالمَرْأَةِ، لم يُفسخْ. وليس لها شيْءٌ من الصَّداقِ

---

(١) وذلك كالنكاح الذي انعقد بغير صيغة تخاطبية؛ بأن اكتُفي فيه بالكتابة، أو الإشارة، أو المعطاة بتسليم المرأة لمريد الزواج، وقبض الصداق منه. ومثله إذا كانت المرأة المعقود عليها متزوجةً، ولو لم يتم الدخول بها، أو كانت معتدة من زوج آخر، أو كانت هي الخامسةَ، أو أختَ منكوحة الزوج، أو كافرةً غيرَ كتابية. أو كان الرجل كافراً والمرأة مسلمة. أو كان أحد الزوجين مُحرَّماً على الآخر بنسب أو رضاع أو مصاهرة، أو كان مريضاً مرضاً يخاف عليه منه الموت، أو كان مُحرِماً بحج أو عمرة، أو سبق بينهما تلاعنٌ، أو كان قد طلقها طلاقاً باتّاً ولم تنكح المطلقة زوجاً غيره قبل ذلك. أو انعقد النكاح بولاية المرأة، أو ولاية رجل لا تصح ولايته، كالكافر للمسلمة.

(٢) وهي الإشهاد والصداق؛ فيفسد إذا خلا العقد من الشهادة، ولم يشهدا عليه حتى دخل بها دخولاً سريّاً لا فشو فيه، أو كان نكاحَ سرٍّ استُكتم فيه الشاهدان، أو كانا فاسقين، أو استُشهد عدلٌ وامرأتان، أو عدلٌ واحد فقط. وكذا إذا أُسقط الصداق أصلاً، أو سُمي صداقٌ لا يجوز، كالنجس ومحرم التملك، وغير مقدور التسليم، والمؤجل بأجل مجهول، أو كان في عينه أو قيمته، دون ربع دينار ذهبي أو ثلاثة دراهم فضية.

إلَّا أن يَدخلَ بها[١].

ومن الأَنكحةِ الفاسدَةِ: النِّكاحُ إلى أجلٍ مسمًّى، ومنه نِكاحُ المُتعةِ[٢]. فيفسخُ بغيرِ طلاقٍ، بكلِّ حالٍ، ويُدرأُ عنهما حدُّ الزِّنى إذا

---

(١) وتحصيل القول في هذه المسألة: أن النكاح الفاسد يترتب عليه حكمان:

الأول: استحقاقه للفسخ: لأن الفساد يستوجب الفسخ لحق الشرع في رفع المنكرات وإبطال آثارها. غير أن علماءنا فرقوا بين ما عثر عليه قبل الدخول، فقالوا بوجوب فسخه بكل حال، وما عثر عليه بعده، ففصلوا فيه بين ما قال بجوازه من يعتد بقوله في الإجماع والخلاف من العلماء، فأقروه؛ مراعاة لقوله، وبين ما أجمع العلماء على بطلانه، فأوجبوا فسخه.

وفسخ ما اختلف فيه من الأنكحة الفاسدة في المذهب، يعد طلاقاً. وما أجمع على فساده يعد فسخاً محضاً. فإذا تزوجها بعد ذلك، فإنه يملك عليها طلقتين في الأول، وثلاثاً في الثاني.

الثاني: في صداقه المسمى: ليس لها من الصداق شيء إذا تم الفسخ قبل الدخول. وأما بعده فلها المسمى إلا أن يكون الفساد راجعاً إلى الصداق؛ لكونه محرم التملك كالخمر والخنزير، أو مجهولاً أو معجوزاً عن تسليمه، فيجب لها صداق المثل. وفي تسمية صداق دون النصاب ـ ربع دينار ذهبي أو ثلاثة دراهم فضية ـ يخير قبل الدخول بين إتمامه إلى أدنى الصداق وبين الفسخ، فإن دخل أجبر على الإتمام.

(٢) وإذا أضمر الزوج في نفسه التوقيت، بأن يطلقها بعد شهر مثلاً، أو بعد أن يقضي حاجته في البلد الذي تزوج فيه، فالنكاح صحيح ولا تضره نيته شيئاً، ولو فهمت المرأة من ظاهر حاله أنه سيطلقها بعد حين، ككونه غريباً أو مِطلاقاً. ولا يبطل النكاح إلا أن يتفق معها أو مع وليها حين العقد، على التوقيت.

وصدر عن بعض الفتاوى الجماعية، القول بتحريم النكاح بنية الطلاق، =

....

= وهو خلاف قول عامة أهل العلم، لم يخالف فيه إلا الأوزاعي فيما حكاه ابن قدامة في «المغني». ووجه الدليل على أن إضمار التوقيت في النفس لا يضر النكاح: أن العلماء مجمعون على أنه ليس على الزوج أن ينوي إمساك امرأته على التأبيد، وذلك يقتضي جواز أن ينوي عند النكاح، طلاقَها لأمر يحدث له في المستقبل. ولأن له أن يشتري الأمة بنية أن يبيعها أو يعتقها إذا انتقل من البلد الذي هو فيه، فكذلك له في المرأة أن يتزوجها بنية أن يطلقها عند الانتقال؛ لأن كلّاً من الشراء والنكاح عقد يثبت به ملك لا يتأقت. ولأن عقدة النكاح مملوكة بيد الرجل، فله أن يطلقها متى شاء، وإذا جاز له أن يفعل متى شاء، جاز له أن يعزم على الفعل متى شاء، قبل العقد أو بعده. ولو صح أن يعد غارّاً لها إذا هو أضمر حين العقد، أن يطلقها بعد شهر، لصح أن يكون إذا طلقها بعد شهر لأمر بدا له، غارّاً لها أيضاً، إذ كلاهما مبني على تأبيد العشرة في النكاح، وذلك غير صحيح في شريعة الإسلام. والله أعلم.

وإنما جعلنا نكاح المتعة نوعاً من النكاح إلى أجل؛ لأن النكاح إلى أجل إنما فسد من جهة اشتراط الأجل فيه مع توفر سائر شروط صحته، أما نكاح المتعة الذي يقول به الرافضة فهو شر من ذلك بكثير، إذ يعقد عندهم من غير إشهاد ولا ولي، ولا يكون فيه ميراث إذا مات أحدهما قبل تمام الأجل، ولا عدة عليها بعد الفراق، ولا يلحق به الولد إن حملت منه، إلا أن يشترطه عليها. ولهما الزيادة في الأجل مع الزيادة في الأجرة. فهذا النكاح أشبه بالزنى منه بالنكاح.

إذا ثبت هذا، فالحجة على بطلان النكاح إلى أجل ثابتة من عدة أحاديث ناسخة لما كان قد أبيح منه في بعض المغازي في أول الأمر. ومن ذلك ما أخرجه مالك عن الزهري عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن أبيهما عن علي بن أبي طالب: أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن أكل لحوم الحمر الإنسية. واتفق عليه الشيخان. وسند هذا الحديث مسلسل، فيمن فوق الزهري، بكون رواته من آل البيت! =

وطِئها، لأجلِ الشُّبهةِ(١).

ومنه: نكاحُ النَّهاريَةِ؛ وهو الذي اشتُرِط فيه أن لا يأتيَها، أو لا تأتيَه، إلَّا نهاراً، أو ليْلاً. فإذا دخَلَ بها، أُلغِي الشَّرطُ، وأُمضِي العَقْدُ بمهرِ المثْلِ(٢).

ومنه: نكاحُ الشِّغارِ؛ وهو الذي جُعلَ فيه نكاحُ إحدى المَرْأَتيْنِ شرْطاً في نِكاحِ الأُخرَى(٣). فإذا خَلَا من الصَّداقِ فيهما معاً، فهو

= وصح من حديث سلمة بن الأكوع وسبرة الجهني: أن النبي ﷺ أذن فيها بعد ذلك في فتح مكة وفي غزوة أوطاس، ثم نهى عنها إلى يوم القيامة. وأكد النهي عنها في حجة الوداع، كما في سنن أبي داود ومسند أحمد من حديث سبرة. فهي مما نسخ مرتين.

ومن عجب أنه وقع في كتاب «الهداية» للحنفية نسبة إباحة هذا النكاح إلى مالك!.

(١) وعليهما العقوبة التعزيرية بما يراه الحاكم أو القاضي كافياً في الزجر والتنكيل.

(٢) لفساد المهر المسمى؛ حيث جُعل في مقابل الاستمتاع في وقت معلوم من اليوم والليلة.

(٣) ونكاح الشغار من أنكحة الجاهلية التي أبطلها الإسلام بما رواه ابن عمر: أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار. والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق. أخرجه مالك والشيخان. وتفسير الشغار ليس من كلام رسول الله ﷺ، بل من كلام نافع الراوي عن ابن عمر. وهذا التفسير ينطبق عليه ما سميناه صريح الشغار دون وجهه.

ويمكن تعليل النهي بجعل أحد النكاحين شرطاً في النكاح الآخر، فتدخل صورة وجه الشغار في النهي بطريق المعنى، ويمكن تعليله بالخلو من الصداق، كما فسره نافع، وأما تعليله بجعل البضع صداقاً في العقد، فغير =

صَرِيحُ الشِّغارِ. وإن سُمِّي لكلٍّ منهما صَداقُها، فهو وجْهُهْ. فإن سُمِّي صَداقُ إحداهُما دون الأُخرى، فهو مركَّبٌ من النوعيْنِ.

ويجبُ فسخُه بكلِّ وجهٍ؛ قَبْلَ الدُّخولِ وبعدَه[1]، إلَّا فيمَنْ

= وجيه عندي؛ لأن الصداق إنما يجعل للمرأة، والبضع لا تنتفع به المرأة بل الرجل. وعلل أكثر الشافعية النهي بالتشريك في البضع؛ على معنى أن بضع كل واحدة من المرأتين، جُعل في ذات الوقت موضوعاً للعقد، وصداقاً للمرأة الأخرى.

(١) وفسخه يكون بطلاق لوجود من يصححه من العلماء بعد وقوعه، مع إجماعهم على عدم جواز الإقدام عليه ابتداء.

• **تتمة وتلخيص:**

أولاً: ملخص تصنيف الأنكحة الفاسدة بالنظر إلى وقت فسخها:

١ ـ ما يفسخ قبل الدخول ويمضى بعده بصداق المثل: نكاح النهارية، والنكاح الذي اشترط فيه خيار التروي، ونكاح وجه الشغار، وكل نكاح فسد لصداقه كالأنكحة التي تشتمل على شرط مناقض لمقتضى العقد.

٢ ـ ما يفسخ قبل الدخول وبعده ما لم يطل: نكاح اليتيمة التي زوجت دون اكتمال شروط تزويجها، والشريفة يزوجها ولي عام مع وجود الخاص غير المجبر، ونكاح السر. والطول معتبر في الأوليين بحصول الأولاد ومرور السنين، وفي الثالثة بالعرف.

٣ ـ ما يفسخ قبل الدخول وبعده مطلقاً: إذا كان أحد الأركان فيه منعدماً أو مختلاً في أحد شروطه، كنكاح المتعة، ونكاح الشغار الصريح، ولكن فسخه يكون بتطليقة واحدة بائنة. ومنه نكاح المريض أو المريضة مرض الموت، فإنه فاسد لما فيه من إدخال وارث على الورثة وإضرارهم بذلك، فيفسخ قبل الدخول وبعده، وإن كان مختلفاً فيه؛ لأن تقريره بعد الدخول لا يرفع المقصود من فساده بل يثبته ويتممه، فإذا صح المريض قبل الفسخ أقر كما هو، ولها المسمى إذا دخل بها أيضاً أو مات أحدهما قبل الفسخ. =

سُمِّي لها صداقٌ، فإنه يُمضَى إذا تمَّ الدُّخولُ بالمَرْأَةِ، بالأكْثرِ من الصَّداقِ المسمَّى، وصداقِ المثْلِ.

فَصْلٌ
في أنكحة المشركين وإسلام الزوجين

وأنْكحةُ المشْرِكِينَ من جميعِ المِللِ فاسِدةٌ، فلا أثرَ لطَلاقِهم فيها[1].

= **ثانياً**: فروق ما بين النكاح المتفق على فساده والنكاح المختلف فيه:

الفرق الأول: إذا كان العقد فاسداً في المشهور أو المعتمد من المذهب، ولكن صححه بعضُ علمائنا المجتهدين، أو بعضُ الفقهاء من سائر أئمة المسلمين، فإن فسخه يكون بطلاق؛ رعياً لقول من صححه. ويتفرع من هذه النكتة أنه إذا استأنف عقداً جديداً عليها قبل فسخ الأول، كان له عليها ثلاثُ تطليقاتٍ، أما إن عقَده بعد الفسخ، فليس له عليها إلا تطليقتان، لسقوط الثالثة بالفسخ.

الفرق الثاني: أن كل نكاح مختلف فيه يكون كالصحيح في كون فسخه طلاقاً، وفي تحريم الأصول والفروع به، والتوارث بينهما بالموت قبل الفسخ، إلا نكاحَ المريض فلا ميراث فيه؛ لأنه إنما فسد لكونه مقصوداً في الغالب لإدخال وارث جديد.

الفرق الثالث: النكاح المتفق على فساده يفسخ بغير طلاق، ولا يحتاج فسخه إلى حكم حاكم. أما المختلف فيه، فإنه إذا امتنع الزوج من فسخه، فلا بد من حكم حاكم بفسخه؛ لأن حكمه يرفع الخلاف. ولا يثبت بالعقد المتفق على فساده توارثٌ بينهما، ولا أثر له في عدد الطلاق، وأما حرمة أصولها وفروعها عليه، فتثبت بالتلذذ بها بالوطء أو مقدماته.

الفرق الرابع: طلاق الزوج في النكاح الفاسد كالفسخ في الحكم، فإن كان النكاح مختلفاً فيه وقع طلاقاً، وإلا فهو مجرد فراق.

(١) فلو طلق الكافر امرأته ثلاثاً، ثم أسلم، جاز له نكاحها من غير =

وإذا أسلَمَ الزَّوْجانِ معاً، ثبتَا على نكاحِهما الأوَّلِ[(١)]، إلَّا أن يُسلِمَ الزَّوْجُ على أكْثرَ من أربعِ نِسوةٍ، فإنه يُمسكُ أربعاً منهنَّ، ويفارِقُ سائرَهنَّ، على الخيارِ فيهنَّ جميعاً[(٢)].

= حاجة إلى أن تنكح زوجاً غيره قبل ذلك. وعلل بعض علمائنا فساد أنكحة المشركين بكونها تنعقد على خلاف الشروط المعتبرة في الشرع من وجود الولي والصداق، وخلو المرأة من العدة. . . إلخ، وهو تعليل لا يطرد؛ فإن بعض أنكحتهم قد تكون مستكملة الشروط في نظر الشرع، ومع ذلك فهي غير صحيحة في المذهب. ولهذا انفصل القرافي ـ كما في الفرق الثاني والخمسين بعد المئة ـ من هذا الإشكال بتفريقه بين ما كان موافقاً لمقتضى الشرع، فينبغي أن يكون صحيحاً، وما ليس كذلك فهو فاسد. والله أعلم.

(١) قال ابن عبد البر في «التمهيد»: أجمع العلماء أن الزوجين إذا أسلما معاً في حال واحدة، أن لهما المقام على نكاحهما، إلا أن يكون بينهما نسب أو رضاع يوجب التحريم، وأن كل من كان له العقد عليها في الشرك، كان له المقام معها إذا أسلما معاً. وأصل العقد معفى عنه؛ لأن عامة أصحاب رسول الله ﷺ كانوا كفاراً، فأسلموا بعد التزويج، وأقروا على النكاح الأول، ولم يعتبر في أصل نكاحهم شروط الإسلام. وهذا إجماع وتوقيف.اهـ.

(٢) لما روي: أن رجلاً من ثقيف أسلم وعنده عشر نسوة حين أسلم، فقال له النبي ﷺ: «**أَمْسِكْ مِنْهُنَّ أَرْبَعاً وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ**». أخرجه مالك في «الموطأ» عن الزهري مرسلاً، ووصله الشافعي والترمذي وابن ماجه عن الزهري عن سالم عن أبيه. وصححه الحاكم وابن حبان. والمرسل أصح عند أهل الحديث.

ولفظ الحديث مطلق في اختيار من شاء منهن ومفارقة من شاء.

واختيار الإمساك يكون بصريح اللفظ، كاخترتُ وأمسكتُ وأبقيتُ، وما يفيد معناه من الألفاظ المقاربة. ويكون أيضاً بما هو من لوازم النكاح، من الجماع والإيلاء والظهار والطلاق، فإن هذه التصرفات لا تكون إلا من زوج لزوجته، فإذا فعل شيئاً من ذلك بواحدة فهو دليل على أنه اختار إمساكها.

وإذا أسلَمَ الزَّوْجُ وحدَه، وكانتْ زوجتُه كتابيةً، ثبتَا على نكاحِهما الأَوَّلِ أيضاً؛ لجوازِ ابتدائِهِ كذلكَ. فإن كانتْ غيرَ كتابيةٍ، انفسخَ النِّكاحُ بغيرِ طلاقٍ[1]، إلَّا أن تُسلمَ زوجتُه في مدَّةٍ قريبةٍ من يومِ إسلامِ زوجِها. وإذا كانتْ هي السابقَةَ إلى الإسْلامِ، انفسخَ النِّكاحُ بينهما في الحالِ إن لم يكنْ قدْ دخلَ بها، وإلَّا توقَّفَ الانفساخُ على انقضاءِ العِدَّةِ من الفُرْقةِ الحاصِلةِ بإسلامِها[2]. فإن

---

(١) قال مالك في «الموطأ»: وإذا أسلم الرجل قبل امرأته، وقعت الفرقة بينهما، إذا عرض عليها الإسلام فلم تسلم؛ لأن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه: ﴿وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠]. اهـ. وهذه الآية نص في تحريم استدامة نكاح الكافرات. وقولنا: إن إسلامها في مدة قريبة يرجعها إلى زوجها؛ لأن أبا سفيان بن الحارث ومخرمة بن نوفل وأبا سفيان بن حرب وحكيم بن حزام، أسلموا في فتح مكة قبل نسائهم، ثم رجعوا إلى نسائهم فأسلمن، فأقاموا على نكاحهم.

(٢) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُواْ﴾ [البقرة: ٢٢١]. فحرم ابتداء إنكاح المسلمات من المشركين، فلما أسلمت زوجة المشرك وجب الفسخ للعقد؛ لأن الإسلام معنى أوجب منع ابتداء النكاح بينها وبينه، فوجب أن يمنع استدامته، كما لو كانت من ذوي محارمه، ولقوله تعالى في المؤمنات المهاجرات من مكة: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠]. ويقاس غيرهن من سائر المسلمات عليهن؛ لأن الهجرة معنى لا يناسب أن يكون فارقاً بين مسلمة ومسلمة في مثل هذا الحكم.

وإنما يمهل الرجل إلى انقضاء العدة؛ لما روي في قصة إسلام صفوان بن أمية وعكرمة بن أبي جهل، أنهما أسلما بعد إسلام زوجيهما، وهما في عدتيهما، فثبتا على نكاحيهما، ولأن إسلام الزوجة لم يوجب الفرقة =

أَسْلَمَ وهي في العِدَّةِ، عادَ النِّكاحُ كما كان، من غيرِ عَقْدٍ جديدٍ، فإن انقضتْ قَبْلَ إسلامِهِ بانَتْ منه.

فَصْلٌ
في ارتداد أحد الزوجين

إذا ارتدَّ أحدُ الزَّوْجيْنِ عن الإسْلامِ ـ والعياذُ باللهِ ـ انفسخَ نكاحُهما بطلْقةٍ واحدةٍ بائنةٍ[1]، مهما تكن المِلَّةُ التي ارتدَّ إليها. فإذا رجَعَ المرتَدُّ منهما إلى الإسْلامِ، وجبَ تجديدُ النِّكاحِ، سواءٌ أكانتْ الزَّوْجةُ لا تزالُ في العِدَّةِ، أمْ خرجتْ منْها.

* * *

= بل أوجب العدة، كالطلاق الرجعي فإنه يوجب العدة في الحال والفرقة بعد انقضاء العدة من غير رجعة، فالرجعة تقطع العدة وتقرر استمرار النكاح، وكذلك إسلام الزوج هو بمنزلة الرجعة في الطلاق.

(١) أما انفساخه بطلاق، فلأن النكاح كان صحيحاً قبل الردة، والردة لا تبطله ولكنها تنهيه كالموت، وأما كونه تطليقة واحدة، فلأن أكثر من واحدة لا يملكها إلا الزوج باختياره، وذلك غير موجود في مسألتنا، وأما كونها بائنةً فلأنها لو كانت رجعيةً لم تحصل منها الفائدة؛ لإمكان المراجعة.

● **قاعدة:**

قال القاضي عبد الوهاب في «التلقين» بصدد بيان أنواع الطلاق البائن: . . . والفسوخ كلها بائنة، كالفسخ بالردة والملك والرضاع وغير ذلك.






كتاب الطلاق

الطَّلَاقُ حَلٌّ لعِصْمةِ النِّكاحِ، بلفْظٍ يدُلُّ عليه(١)، يصدُرُ من الزَّوْجِ أو وكيلِهِ، في حالِ الاختيارِ(٢). وهو أبْغضُ الحَلالِ

---

(١) وقد يقع بالنطق باللسان، أو بالإشارة المفهمة من العاجز عنه لخَرَسٍ ونحوه. كما يقع بالكتابة، ولو احتفظ بالمكتوب عنده، إذا كان عازماً حال الكتابة عليه. فإن كان يجرب القلم أو يشاور نفسه، فلا، ويُديَّن في قصده.

(٢) فإذا طلق تحت الضغط والإكراه، لم يلزمه شيء، سواء صرح بالطلاق أو وَرَّى به عن غيره، وسواء نجَّزه أو علقه على أمر احتمالي يحصل في المستقبل. وكما يكون الإكراه على نفس الطلاق غير نافذ، فكذلك إذا حلف بالطلاق أن لا يفعل شيئاً، فأكره على فعله، لم يلزمه الطلاق، إلا أن يكون إكراهاً شرعيّاً لتحصيل حقٍّ مَطَلَ به؛ لأنه كالطوع في حكمه.

ويحصل الإكراه بالتهديد بالقتل أو الضرب المؤلم، أو بالسجن، وبمثل الصفع لصاحب مروءة في ملأ من الناس، وبأخذ مال أو قتل ولد أو والد.

ودليله من السنة: ما روته عائشة عن النبي ﷺ قال: «**لَا طَلَاقَ وَلَا عَتَاقَ فِي إغْلَاقٍ**». أخرجه أبو داود وابن ماجه. وصححه الحاكم. **والإغلاق**: الإكراه. قال ابن الأثير في «النهاية»: لأن المكره مغلقٌ عليه أمرُه، مضيَّقٌ عليه في تصرفه، كما يغلق الباب على الإنسان. وروى مالك في «الموطأ» أن ثابت بن الأحنف تزوج أم ولد لعبد الرحمٰن بن زيد بن الخطاب، فهدده عبد الله بن عبد الرحمٰن إن لم يطلقها أن يقيده بقيود من حديد ويضربه بالسياط، فطلقها ثابت، ثم سأل عبد الله بن عمر فأفتاه بعدم وقوع الطلاق، =

إلى اللهِ[١]، ولا يتوقَّفُ جوازُه على سبَبٍ يقْتَضِيه. وقدْ يعْرُضُ له من الأَسْبابِ ما يُصيِّرُهُ واجِباً أو مُستَحبّاً.

ويَلزَمُ الزَّوْجَ ما أَوْقعهُ من طَلَاقٍ، إذا كان مكلَّفاً[٢]، ولو كان

= وتغيظ على عبد الله، ثم سأل عبد الله بن الزبير فأفتاه بمثل ذلك، وكتب إلى جابر بن الأسود الزهري أمير المدينة يومئذ أن يعاقب عبد الله بن عبد الرحمٰن. قال الباجي في «المنتقى»: وهو المعروف من قول عمر وعلي وابن عباس وعمر بن عبد العزيز.

• **تنبيه**:

ومثل الطلاق سائر التصرفات، فإنها لا تنفذ في حال الإكراه، كالعتق والنكاح والإقرار واليمين والبيع ونحو ذلك؛ لعموم حديث: «**إِنَّ اللهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ**». أخرجه ابن ماجه عن ابن عباس. وصححه ابن حبان والحاكم. وقد تقدم في آخر الصيغة.

(١) أما إباحة الطلاق من غير توقف على سبب يقتضيه، فثابتة بخلو كتاب الله وسنة نبيه ﷺ من التعرض للنهي عنه والأمر به، وهذا يفيد الإباحة لأنها الأصل. ولقول النبي ﷺ لعمر في طلاق ابنه عبد الله لامرأته: «**ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ**». وهو دليل على إباحته من غير سبب. قال ابن قدامة في «المغني»: وأجمع الناس على جواز الطلاق، والعبرة دالة على جوازه، فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين، فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضرراً مجرداً بإلزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة. اهـ.

وأما كونه أبغض الحلال إلى الله، فيكفي من ذلك أن كتاب الله وسنة نبيه خاليان من الأمر به، ولو على سبيل الإذن، ولما رواه ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «**أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللهِ تَعَالَى الطَّلَاقُ**». أخرجه أبو داود وابن ماجه. وصححه الحاكم. وفي إسناده مقال.

(٢) والمكلف هو الذي اجتمع له البلوغ مع العقل. ويشترط فيه الإسلام =

هازِلاً مازِحاً، أو سَكْرانَ(١). كما يَلزَمُ النِّكاحُ والرَّجْعةُ الهازِلَ فيهما(٢).

وإذا طلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَه مرَّةً أو مرَّتينِ، ثُمَّ عادَتْ إليه بنِكاحٍ جديدٍ، فإنه لا يَملِكُ عليها مِن عدَدِ الطَّلَاقِ إلَّا ما بَقِيَ(٣).

* * *

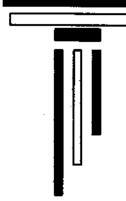
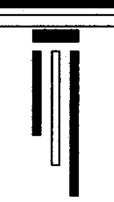
= أيضاً، فلا يصح طلاق الكافر؛ لما تقدم من أن أنكحة المشركين غير صحيحة.

(١) بمشروب محرم كالخمر. ويلزمه أيضاً ـ أي: السكران بمحرم ـ العتق، وموجبات الجنايات من الضمان والعقوبات؛ نُصَّ على ذلك في مواضع كثيرة من «المدونة». بخلاف العقود والأقارير، فإنها غير لازمة له. وروى مالك في «الموطأ» بلاغاً عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار: أنهما سئلا عن طلاق السكران، فقالا: إذا طلق السكران جاز طلاقه، وإن قَتل قُتل به. قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا.

(٢) لما رواه أبو هريرة مرفوعاً: **«ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ؛ النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالرَّجْعَةُ»**. أخرجه أصحاب السنن عدا النسائي. وقد تقدم في الصيغة.

(٣) ولو كانت تزوجت قبل ذلك، ثم عادت إليه بعد أن طلقها الثاني أو مات عنها، فإن الزواج الثاني لا يهدم من طلاق الزواج الأول، إلا ما كان ثلاثاً أما ما دون ذلك فلا؛ لما في «الموطأ» عن أبي هريرة قال: سمعت عمر بن الخطاب يقول: أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين، ثم تركها حتى تحل، وتنكح زوجاً غيره، فيموت عنها أو يطلقها ثم ينكحها زوجها الأول، فإنها تكون عنده على ما بقي من طلاقها. قال مالك: وعلى ذلك السنة عندنا التي لا اختلاف فيها.



باب كيفية إيقاع الطلاق

يَقَعُ الطَّلَاقُ بوجهيْنِ؛ بالتَّعليقِ والتَّنْجيزِ.

فأمَّا تعليقُ الطَّلَاقِ؛ فهو الحَلِفُ به؛ وهو أن يَجعلَ طلاقَها معلَّقاً على فعلٍ من أفعالِها، كقولِهِ: إن خرَجتِ من الدَّارِ، فأنْتِ طَالقٌ. أو على فعْلٍ من أفعالِهِ هو، كقولِهِ: إن كلَّمتُ فلاناً، فَعَلَيَّ الطَّلَاقُ، فيلزمُه ما نَوى من عَدَدِه. أو على فعْلٍ من أفعالِ غيرِهما، كقولِهِ: إذا جاءَ فلانٌ من سفَرِه، فأنْتِ طَالقٌ. أو كان المحْلُوفُ عليه من قدَرِ اللهِ تعالى الذي ليس من أفعالهما، كقوْلِه: إن لم تَحْمِلِي في هذا الشَّهرِ، فأنْتِ طالقٌ.

ويَقَعُ الطَّلَاقُ، في جميعِ ما تقدَّم، بوقوعِ شرْطِهِ الذي عُلِّقَ عليه، إلَّا أن يُعلِّقَهُ بأمرٍ واقعٍ في المستقبَلِ لا محالةَ، كقولِهِ: إذا دخلَ شهرُ رمضانَ أو طلعتِ الشَّمسُ، فأنْتِ طالقٌ، فإنها تطلُقُ للحالِ، كالنَّاجزِ(١).

---

(١) لأن النكاح لا يكون مؤقتاً، وهو إذا علق الطلاق على مجيء الشهر الفلاني، فقد جعل النكاح مؤقتاً إلى ذلك الوقت، فوجب أن يُنجَّز عليه في الحال؛ لأنه لو جاز له أن يجعل للنكاح أجلاً بعد العقد، لجاز له أن يشترطه في العقد فيكون نكاح متعة، بل هو أولى؛ لأن اشتراطه في العقد يكون بتراضيهما، وبعده يكون برضاه وحده. ويقال أيضاً: إن النكاح لما كان يتناول =

ويلزمُ طلاقُ الأَجنبيةِ، إذا علَّقَه الرَّجلُ على نكاحِهِ إيَّاها[١]، أو على فعلٍ تفْعَلُه بعد النِّكاحِ.

وأمَّا تنجيزُ الطَّلَاقِ[٢]، فهو إيقاعهُ في الحالِ بلفظٍ يدلُّ عليه.

فَصْلٌ
في ألفاظ الطلاق

وهي: صَريحٌ، وكنايةٌ ظاهِرةٌ، وكِنايةٌ مُحتملةٌ.

= منافع البضع فقط، ولم يكن كالملك الذي يتناولها مع غيرها من منافع البدن، ولم يكن في نكاح المتعة شيء زائداً على النكاح المطلق، إلا التأقيت، دل ذلك على أن علة التحريم فيه ترجع إلى تأقيت الاستمتاع، وهي موجودة في الطلاق إلى أجل، فوجب أن ينفذ ويبطل الأجل. وليس ذلك كعتق الأمة إلى أجل؛ لأن التأقيت فيه يتناول منافع البضع وغيره، والشيء قد يكون حراماً إذا انفرد بنفسه، وجائزاً إذا اجتمع مع غيره، كبيع الثمار قبل بدو صلاحها لا تحل منفردة عن أصولها، وتحل إذا اجتمعت معها.

(١) فإذا عقد عليها وقع الطلاق إثر العقد، ووجب لها نصف مهرها المسمى. وأما ما روي في السنن عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «**لَا طَلَاقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ**». فمعناه أن الإنسان لا يملك أن يطلق امرأة قبل أن يملك عصمتها، ولا يعتق عبداً قبل أن يملك رقبته، فقد قال الزهري في ذلك: هو أن يذكر الرجلُ للرجلِ المرأةَ، فيقال له: تزوجها، فيقول: هي طالق البتة، فهذا ليس بشيء، فأما من قال: إن تزوجت فلانةَ فهي طالقٌ البتة، فإنما طلقها حين تزوجها، أو قال: هي حرة إن اشتريتها، فإنما أعتقها حين اشتراها. أخرجه الطحاوي في «مشكل الآثار».

(٢) يعني تعريته عما سبق من التعليق على شرط أو صفة، يقع الطلاق عند وقوعها.

فصَريحُ اللَّفْظِ كقولِهِ: أنْتِ طَالقٌ[١]، أو طلَّقتُكِ[٢]، أو مُطلَّقةٌ مِنِّي. ومِثْلُه كلُّ ما تصرَّفَ من لفْظِ الطَّلَاقِ؛ مما يدلُّ عليه في الوضْعِ اللُّغويِّ.

فيقَعُ[٣] واحدةً بائنةً في غيرِ المدْخُولِ بها، ورَجْعِيةً في غيرِها، إلَّا أن يَنْويَ أكثرَ، فيَلزمُه ما نَوى. وكذا إذا كرَّرَ اللَّفظَ، ولم ينْوِ التأكيدَ بالتَّكرارِ، أو وصَفَه بعَدَدٍ، كقولِهِ: أنْتِ طالقٌ تطليقتَيْنِ، أو ثلاثاً، فيلزمُه بعَدَدِه.

وأمَّا الكِنايةُ الظاهِرةُ فهي: كلُّ لفظٍ دالٍّ، في أصْلِه اللُّغويِّ، على معنى القطْعِ[٤]، وخصَّصهُ النَّاسُ في استعمالِهم، بقطْعِ عِصْمةِ الزَّوْجيةِ بالطَّلَاقِ. كقولِهِ لها: أنْتِ خَليَّةٌ، أو بَريئَةٌ، أو بائِنٌ، أو بتَّةٌ، أو بتْلَةٌ، أو حبْلُكِ على غارِبِكِ، أو أنتِ حرامٌ، أو أنتِ عليَّ كالميتةِ، والدَّمِ، ولحمِ الخنْزيرِ. وكذا الفِراقُ والسَّراحُ، وأمرُه إيَّاها بالاعْتدَاد.

فيَقَعُ الطَّلَاقُ بها، كالصَّريحِ، ولا يُقبلُ منه دعْواه عدمَ إرادَةِ الطَّلَاقِ. ويكونُ بائِناً ثلاثاً في المدْخُولِ بها، وواحدةً في غيرِها، ما لم ينْوِ أكثرَ. ومِثلُ غيرِ المدخُولِ بها، المُطلَّقةُ بطريقِ الخُلْعِ، أو

---

(١) أو أنتِ طالقة. وفي بعض اللهجات تنطق الطاء تاء مخففة، ولا عبرة بخلاف النطق.

(٢) أو طلقتُ، أو تطلقتُ.

(٣) سواء كانت له نيةُ الطلاق مقترنةً باللفظ، أم لم تكن.

(٤) أو المنع. وهذا ما يفهم من المعنى الجامع المشترك بين الأمثلة المذكورة في الكناية الظاهرة.

بلفْظِ الفِراقِ أو السَّراحِ، أو بأمرِهِ إيَّاها بالعِدَّةِ، فلا يَقعُ أكْثرَ من وَاحِدةٍ، إلَّا أن يَنْوِيَهُ[١].

---

(١) قسم الشيخ الدردير الكنايات الظاهرة إلى الأقسام الآتية؛ مبيناً حكم كل قسم منها:

الأول: بتة، حبلك على غاربك. ويلزم فيهما الثلاثُ من غير تفصيل، كاشتراطها العصمةَ منه.

الثاني: كالميتة، والدم، ولحم الخنزير، وهبتك لأهلك، رددتك لهم، لا عصمة لي عليك، أنت حرام، خلية، بريئة، خالصة، بائنة. ويلزمه فيها الثلاثُ في المدخول بها مطلقاً، وفي غيرها ما لم ينو أقلَّ.

الثالث: خليتُ سبيلكِ، وجهي من وجهك حرام، عليَّ وجهُك حرام، لا نكاح بيني وبينك، لا ملك لي عليك، لا سبيل لي عليك. ويلزمه فيها الثلاثُ في المدخول بها إلا أن ينوي أقل، وواحدة في غيرها إلا أن ينوي أكثر. إلا في تخلية السبيل، فيلزمه الثلاث إلا أن ينوي أقل.

الرابع: فارقتك. يلزمه فيها واحدة.

وسبب هذا التفصيل يرجع إلى مدى دلالة الألفاظ المذكورة على قطع العصمة، أو على مجرد الطلاق. فالتشبيه بالميتة، مثلاً، تشبيه بما هو محرم عليه أبداً، وهذا يقتضي أن لا تحل له أبداً، لكن لا يتناول لفظه من التحريم إلا ما ملَّكه الشرع وهو الطلاقُ البتُّ، فيُنَزَّل اللفظ عليه. ولما كانت العصمة تنقطع بتطليقة واحدة في غير المدخول بها، وكانت هذه الألفاظ صالحة لبتِّ الطلاق أو لمجرد البينونة في هذه الحال، جاز تخصيص أحدهما بنيته.

وإذا قال: لا نكاح بيني وبينك، وهي مدخول بها، فهذا ظاهر في قطع العصمة؛ لأن نفي النكاح بصورة مستغرقة، لا يفيده إلا إنشاءُ طلاقٍ بائنٍ، وهو لا يكون إلا بالثلاث في المدخول بها. لكن اللفظ مع ذلك يحتمل مجرد الطلاق؛ لأن نفي النكاح كما يفيد الإخبار بعدم سبق العقد، كذلك يفيد الإنشاء لفسخه بالمرة والمرتين والثلاث، فجاز صرفه إلى هذا المعنى =

وأمَّا الكنايةُ المحْتملةُ فهي: كلُّ أمرٍ من الزَّوْج لزوجتِه؛ يفيدُ معنى المزَايلَةِ والمفارقَةِ في الجُمْلةِ، مع احتمالِهِ لأنْ ينصَرِفَ إلى معنى الطَّلَاقِ، وإلى غيره. فيُرْجَع في تفسيرِه، وفي عددِ التَّطْليقاتِ، إلى قصْدِ الزَّوْجِ. كقولِهِ: اذهَبِي، أو انطَلِقِي، أو انصَرِفِي، أو اعزُبِي، وما أشبَهَهُ.

ويقَعُ الطَّلَاقُ بالأصالةِ من الزَّوْجِ، وبإنابَتِه غيرَه من زوْجةٍ أو أجْنبيٍّ، في إيقاعِهِ.

فَصْلٌ
في التوكيل والتمليك والتخيير

وإذا جعَلَ الزَّوْجُ لزوجتِهِ طَلَاقَ نفسِها، فذلك على وجْهيْنِ: تفْوِيضٌ، وتوْكِيلٌ.

فأمَّا التَّفْويضُ، فهو على وجْهيْنِ: تمليكٌ، وتخييرٌ.

والتَّمْليكُ؛ أن يُملِّكها الطَّلَاقَ كلَّه أو بعْضَه[1]. فإنْ أجابتْ

= المرجوح بقرينة النية. ولما كانت غير المدخول بها تَبِينُ منه بالواحدة، كان اللفظ بالعكس ظاهراً فيها، إلا لإرادة أكثر. إلا في «خليت سبيلك» فهو ظاهر في الثلاث في الحالتين. والله أعلم.

(١) ولفظ التمليك: ملكتكِ أمركِ، أمرُكِ بيدكِ، طلاقُكِ بيدكِ، وما أشبهه. وهذه الألفاظُ تفيد بظاهرها تمليكَ الطلاقِ كله، وله بيانه بقوله: أن تطلقي نفسك كيف تشائين، أو بأي عدد شئت. فإذا قال: ملكتكِ تطليقةً أو تطليقتين، فهو تمليكٌ لبعضه. وإذا ملكها ولم يبين لها عدداً، فهو تمليك كامل كما سبق. فإذا أوقعت بموجبه أكثر من واحدة، لزمه، إلا أن يناكرها فوراً إذا ادعى أنه نوى أقل مما أوقعت. =

بقَبولٍ، لم يَكنْ له الرُّجوعُ بعدَه[1]، وإنْ ردَّته، كان مردُوداً. وإن أَبْهمتِ الجَوَابَ[2]، أُمرَتْ بالبَيانِ[3]، وإن لم تُجِبْ بِشيءٍ، حتَّى انقضَى المجْلسُ أو طَالَ، سَقَطَ حقُّها بذلك[4].

وأمَّا التَّخييرُ؛ فهو جعْلُ الخِيارِ لها بَيْنَ البَقاءِ والمفارَقةِ، أو

=

• **ملاحظة:**

تمليك الطلاق لا يعني هنا نقل العصمة للزوجة، حتى تطلق نفسها متى شاءت وكيف شاءت، بل هو كالتخيير في لزوم تنجيز مقتضاه من التطليق أو البقاء على الزوجية، ويفارقه فقط في كون التمليك تفويضاً لها في اختيار الطلاق البات أو ما دونه، أو الرد للتمليك بالبقاء على الزوجية، أما إذا خيَّرها، فلا يكون لها أن تختار إلا واحداً من الأشياء التي حصر فيه الخيار.

(١) والإجابة الدالة على القبول أو الرد، تكون بالإعراب الصريح باللسان، وتكون بفعل يدل على ذلك كنقل متاعها وانفرادها بما يخصها عنه، وبالإشارة المفهمة، وبانفعال ظاهر أيضاً، كإظهار السرور بالابتعاد عنه وزوال سلطانه.

(٢) نحو قولها: قبلت أمري، قبلت ما ملكتني، قبلت بهما.

(٣) ويقبل منها ما تفسر به كلامها من رد التمليك والاستمرار على الزوجية، أو إيقاع الطلاق به في الحال، أو قبول التمليك والتروي في استعماله، فيحال بينهما إلى أن تصرح بما تريده من طلاق أو بقاء.

(٤) وذكر صاحبا «التلقين» و«عقد الجواهر الثمينة»؛ أنها إن لم تجب بشيء من قول ولا فعل، حتى افترقا أو طال بينهما المجلس طولاً يخرج معه عن أن يكون ما تأتي به جواباً، أن في ذلك روايتين:

الأولى: سقوط حقها من التمليك. وهو ما ذكرته في هذا المتن.

الثانية: بقاؤه وأخذها بمقتضاه من تطليق أو رد. فإن فعلت أحدهما وإلا رفعت إلى الحاكم ليحكم عليها بسقوط التمليك.

بَيْنَ البَقاءِ وأبْعاضِ الطَّلَاقِ[١]، أو بَيْنَ أبْعاضِ الطَّلَاقِ[٢]. فإن اختارَتِ البقاءَ، فهو استدامَةٌ للنِّكاحِ، ولا يُحسبُ عليه طلْقةً[٣]، فإن اختارتْ المفارَقَةَ، كان طلاقاً بائناً باتّاً، إذا كانتْ مدْخُولاً بها[٤]، وإن أبْهمتِ الجَوابَ أُمِرتْ بالبَيانِ. وفي تخييرِها في أبْعاضِ الطَّلَاقِ، ليس لها أن تخْتارَ إلّا ما جَعلَ لها[٥].

---

(١) كأن يقول لها: اختاري بيني وبين تطليقة، أو بيني وبين تطليقتين.

(٢) كأن يقول لها: اختاري بين تطليقة وتطليقتين، أو بين الثلاث وما دونها، أو اختاري في تطليقتين، أو من تطليقتين.

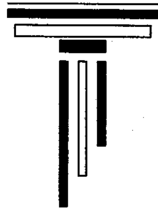
(٣) لأن الله ﷻ أمر نبيه أن يخير أزواجه حين طلبن منه أن يوسع عليهن في النفقة، في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨]. وقد خيرهن ﷺ حين أمره الله بذلك، فاخترنه فلم يكن اختيارهن له محسوباً بطلاق، على ما روي عن عائشة في «الصحيحين» وغيرهما. قالت في رواية: فلم نعده طلاقاً. وفي أخرى: فلم يعد ذلك علينا شيئاً. وفي رواية: أنها سئلت عن الخيرة، فقالت: خيرنا رسول الله ﷺ، أفكان ذلك طلاقاً؟.

(٤) وفي التي لم يدخل بها يكون بائناً بينونة صغرى، فله أن يستأنف عليها نكاحاً من ساعتها.

(٥) **ففي المثال الأول** من أمثلة أبعاض الطلاق: لها أن تختار إما واحدة وإما اثنتين، وليس لها خيار برفض الطلاق؛ لأن فيه خروجاً عما خيرها فيه. **وفي الثاني**: لها الخيار بين جميع أعداد الطلاق. **وفي الثالث**: تختار واحدة، إذ العبارة لا تفيد الخيار إلا بصورتها؛ لأنه كأنه قال: اختاري بين طلقة وطلقة. **وفي الرابع**: قال في «المدونة»: تختار تطليقتين. وقال ابن سحنون: تختار ثنتين أو واحدة.

وإذا وكَّلَها بطَلاقِ نفسِها، فلها أن تُطلَّقَ بِعَدَدِ ما سمَّى لها من التَّطليقاتِ، وله أن يرجِعَ في التَّوكيلِ ما لم تُطلِّقْ نفسَها. وكذلك في توْكيلِ الأجْنَبيِّ.

* * *




باب أقسام الطلاق

ينْقسِمُ الطَّلَاقُ باعتبارِ المعاوضَةِ عليه إلى قِسميْنِ: طَلاقٌ بغيرِ عِوضٍ، وطلاقٌ بعِوَضٍ، وهو الخُلْعُ. وينْقسِمُ باعتبارِ المُراجعةِ فيه إلى طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ، وطَلَاقٍ بائنٍ. فالرَّجْعِيُّ ما يكونُ للزَّوجِ فيه سبيلٌ إلى مُراجَعَةِ المُطلَّقةِ في أثناءِ العِدَّةِ. والبائِنُ ما ليسَ كذلك.

والبَيْنُونَةُ نوعانِ: كُبرَى وصُغرَى. **فالبَيْنُونةُ الكُبرَى**: ما كانتْ بإيقاعِ الطَّلَاقِ ثلاثاً، مُفرَّقاً أو مجْمُوعاً[1]. **والصُّغرَى**: ما كانتْ بالخُلْعِ، وما دونَ الثَّلاثِ في غيرِ المدْخُولِ بها، وما يوقِعُه الحاكمُ لأجْلِ الضَّرَرِ، أو عُنَّةِ الزَّوْجِ، لا ما يُوقِعه لأجْلِ الإيلاءِ مع عدمِ الفَيْئَةِ، ولا الذي يكونُ بسببِ عُسْرِ الزَّوْجِ بنفَقَةِ الزَّوْجةِ[2].

وينقسِمُ باعتبارِ مُوافقتِهِ لإذْنِ الشَّارعِ في كيْفيةِ إيقاعِهِ، إلى ثَلاثةِ أقْسامٍ: بِدْعِيٍّ، وسُنِّيٍّ، وخالٍ منهما.

---

(١) لقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] إلى قوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠]. يعني: إن طلقها بعد المرة الثانية؛ لأنه جعل له سبيلاً إلى إمساكها في المرتين، وذلك بالمراجعة في العدة.

(٢) قال في «التلقين»: كل رجعة تهدم العدة، إلا رجعة المُولي والمُعسرِ بالنفقة، فإنهما يتوقفان على الفيئة واليسار، كما سيأتي.

فالطَّلَاقُ للبدْعةِ: ما كان مقْرُوناً بصَفةٍ أو حالٍ مَنْهيٍّ عنها، كمنْ زادَ على الواحِدةِ في لفْظٍ متناسِقٍ، أو في مجالِسَ متفرِّقةٍ قَبْلَ أن تخرجَ من عِدَّتها وقَبْلَ مراجَعَتِها[١]، أو طلَّقَ في الحيْضِ[٢]، أو في طُهرٍ كان قدْ مسَّها فيه.

---

(١) فيدخل في ذلك طلاق المعتدة في أثناء عدتها؛ سواء كانت معتدة بوضع الحمل، أم بالأطهار، أم بالأشهر. ويدل على دخول ما زاد على الواحدة في طلاق البدعة، قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ الآية. وهذا أمر بإيقاع الطلاق على الصفة المذكورة، وذلك بكونه مرة بعد مرة، فمن جمع المرات فقد خالف ما أمر الله به. ويدل على دخول الثلاث في ذلك قوله تعالى: ﴿لَا تَدۡرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا﴾ [الطلاق: ١]. فقد قال جميع المفسرين ـ على ما حكاه ابن العربي ـ إن المراد بذلك: الرغبة في الرجعة. ويلزم من ذلك النهي عن الثلاث؛ فإنه إذا طلق ثلاثاً أضر بنفسه عند الندم على الفراق والرغبة في الارتجاع، ولا يجد عند إرادة الرجعة، سبيلاً إليها.

وكونه بدعياً بصفته لا يمنع من نفاذه بعدد ما سمى منه؛ اثنتين أو ثلاثاً، لقوله تعالى في الذي يطلق امرأته ثلاثاً: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠]. وهو يعم حالتي التفريق والجمع. قال الباجي في «المنتقى»: وبه ـ يعني: لزوم الثلاث بإيقاعها في لفظ واحد ـ قال جماعة الفقهاء، وحكى القاضي أبو محمد في «إشرافه» عن بعض المبتدعة: يلزمه طلقة واحدة، وعن بعض أهل الظاهر: لا يلزمه شيء. ثم قال: والدليل على ما نقوله: إجماع الصحابة؛ لأن هذا مروي عن ابن عمر وعمران بن حصين وعبد الله بن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة ﷺ، ولا مخالف لهم. وما روي عن ابن عباس في ذلك من رواية طاوس قال فيه بعض المحدثين: هو وهم. اهـ.

(٢) وكذا في النفاس. وهو حرام في المدخول بها، ويقع مع ذلك، ويُجبر على الرجعة إذا لم يكن بائناً، والأفضل إمساكها بعد المراجعة حتى تطهر ثم تحيض فتطهر، فإذا شاء طلقها عند ذلك ما لم يمسها. =

والطَّلَاقُ للسُّنةِ: ما كان عارِياً عن النَّهيِ في صفاتِه وأحوالِه، وهو ما كان واحدةً كاملةً، واقعةً في طُهْرٍ غيرِ أطْهارِ العِدَّة، ولم يكن قد مَسَّها فيه[1].

وابتداءُ طلاقِ الحامِلِ، والصَّغيرَةِ واليائِسةِ، وغيرِ المَدْخولِ بها، جائزٌ من غيرِ أن يكونَ موصوفاً بسُنَّةٍ ولا بِدْعةٍ[2].

= ودليل هذه الجملة من السنة حديث ابن عمر: أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمرُ بن الخطاب رسولَ الله ﷺ عن ذلك، فقال رسول الله ﷺ: «**مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ يُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللهُ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ**». أخرجه مالك والشيخان. وفي رواية لمسلم: أنه طلقها تطليقة واحدة. وفي رواية له: «**مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لْيُطَلِّقْهَا طَاهِراً أَوْ حَامِلاً**». وفي رواية: قال ابن عمر: فراجعتها، وحُسبت لها التطليقة التي طلقتها. وقوله: «**فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللهُ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ**» يعني به قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]. أي: طلاقاً تعقبه عدتهن ولا تتراخى عنه.

وبانضمام ما دل عليه الحديث السابق إلى ما دلت عليه الآية السابقة، يتبين أن معنى «القروء» الأطهار في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ١٢٨].

(١) لقول النبي ﷺ في قصة ابن عمر الآنفة: «**مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ يُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللهُ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ**».

(٢) لأن الحامل والصغيرة واليائسة تتساوى أوقاتهن، وأجلهن معروف بوضع الحمل في الأولى، وبمضي ثلاثة أشهر قمرية في الأخريين. أما غيرُ المدخول بها فلا عدة عليها. وهذا إذا لم يزد على الواحدة، وإلا كان بدعيّاً من جهة صفته.

فَصْلٌ
في الخلع

والخُلْعُ هو الطَّلَاقُ الواقعُ على عِوضٍ؛ يُبذلُ للزَّوجِ من الزَّوْجةِ أو وليِّها، أو غيرِهما كضرَّتِها[1]. ويجوزُ كوْنُ العِوضِ عَيناً

---

(١) وإنما تصح المخالعة من الأجنبي كما تصح من الزوجة ووليها؛ لأنها معاوضة على الطلاق، وهو حق يملكه الزوج، فله التصرف فيه بنفسه أو بوكيله، وله إيقاعه مجاناً أو على عوض يبذله له من له فيه مصلحة، سواء كانت الزوجة كما هو الغالب، أو غيرها وإن كان نادراً.

والأصل في مشروعية الخلع من كتاب الله، قوله ﷻ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ١٢٩]. وقوله: فيما افتدت به، يعني به بدل الخلع، وسماه افتداء؛ لأن الزوجة كالأسير عند الزوج، كما قال النبي ﷺ: «**أَلَا وَاسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْراً فَإِنَّمَا هُنَّ عَوَانٌ عِنْدَكُمْ**». يعني أسيرات. فاختلاعها منه حين تكرهه افتكاك لنفسها من الأسر. ومن السنة حديث ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله، إني ما أعتب عليه في خُلُق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام! فقال رسول الله ﷺ: «**أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟**» قالت: نعم. فقال رسول الله ﷺ: «**اقْبَلِ الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً**». أخرجه البخاري. وأخرجه مالك من وجه آخر، وفيه أنها قالت: يا رسول الله كلُّ ما أعطاني عندي، فقال رسول الله ﷺ لثابت بن قيس: «**خُذْ مِنْهَا**»، فأخذ منها وجلست في أهلها.

● فرع:

إنما يجوز للزوج أخذ العوض من الزوجة إذا لم يكن مضارّاً لها مضيقاً عليها، ليأخذ منها عوضاً على الطلاق. فإن كان كذلك، فخالعته على مال، فإن الطلاق يمضي ويُرد لها ما بذلت. نص عليه مالك في «الموطأ»، وقال: فهذا الذي كنت أسمع، والذي عليه أمر الناس عندنا. اهـ. ويدل عليه أيضاً =

أو منْفَعةً[١]، كإرْضاعِ ولدِهِ، أو إسْقاطِ نفَقَةِ الحَمْلِ الواجِبةِ لها في العِدَّةِ، أو إبرائِها إيَّاهُ من مؤجَّلِ مَهْرِها.

وشرْطُ المخالِعِ: أهليةُ التَّبرعِ والتِزامِ المالِ في الذِّمّةِ، وهي: البُلوغُ مع العَقْلِ، والطَّوعِ، والرُّشدِ[٢]. فإذا كان الذي يبذُلُ العِوضَ

= قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا۟ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ﴾ [النساء: ١٩]. وقوله ﷺ: «**أَلَا وَلَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ مِنْ مَالِ أَخِيهِ شَيْءٌ، إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ**». أخرجه الدارقطني عن عمرو بن يثربي. وجَوَّد الزيلعي إسناده في «نصب الراية».

(١) ويجوز أن يكون معتبراً بالمهر، وبغيره، وإذا اعتُبر بالمهر، جاز أن يكون مثله أو أكثر أو أقل؛ لعموم قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. وقصة ثابت بن قيس في رد الحديقة، لا تصلح مخصصاً لعموم الآية؛ لأنها واقعة عين. ولأن المقصود رضا الزوج بعوض يراه مكافئاً لما يفوته من بضع امرأته إذا طلقها، وذلك يختلف فقد يرضيه مثل مهرها أو أكثر أو أقل.

● **فرع**:

ويجوز أن يكون مشتملاً على غرر كأجنة الحيوانات، والثمرة التي لم يَبْدُ صلاحها، والبعير الشارد، أو على جهالة كشاة، أو بعير أو ثوب؛ غيرِ موصوفٍ أيُّ واحدٍ منها. ويقضى له بالوسط من ذلك. وإنما وقع التسامح بالغرر والجهالة في بدل الخلع؛ لأنه عقد ليس مقصوداً للتمليك بل للتسريح، ولأنه ليس مقصوداً لبدله كالمعاوضات المحضة، بل هو مقصود لتخلص الزوجة من الزوج وملكها لنفسها. ولعموم قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾. ولأن الطلاق لما كان يصح بغير عوض في أصله، فلأن يصح على شيء فيه غرر أو جهالة أولى؛ لأن أسوأ حال المبذول أن يكون كالمسكوت عنه.

(٢) يعني أن يكون مالكاً لأمره في ماله، غير محجور عليه لسفه أو فلس أو مرض. وإذا اختلعت المريضة مرض الموت من زوجها، ببدل معلوم، =

من زوجةٍ وغيرِها، سفيهاً، وقَعَ الطَّلَاقُ بائِناً، ولم يَلزمْ شيءٌ من عِوَضِهِ، إلَّا إذا عَلَّقَ الزَّوْجُ الطَّلَاقَ على القبْضِ أو الأداءِ أو الإبراءِ، فلا يَقَعُ إلَّا بحصُولِ ما علَّقهُ عليهِ، وحينئذٍ لا يختَصُّ بالمجْلِسِ.

ويصِحُّ الخُلْعُ بكلِّ لفْظٍ يدُلُّ على معناه، كقولِهِ لها: خالعتُكِ على كذا، أو طلَّقتُكِ على كذا، فتقبَلُ. وكقولِها له: خالِعْنِي على كذا، أو طلِّقْني على كذا، فيقبَلُ. وفي مخالعَةِ الأجْنبيِّ، يقُولُ الزّوجُ: طلَّقتُ زوجتي فلانةَ على أن تُعطيَنِي كذا، فيقْبلُ. أو يقولُ الأجْنَبيُّ: طلِّقِ امرأتَكَ فلانَةَ ولك مِنِّي كذا، فيقْبَلُ.

ويَقَعُ الطَّلَاقُ بائِناً بلفْظِ الخُلْعِ مجرَّداً عن تسميةِ عِوضٍ[1].

ومُوجَبُ الخُلْعِ تطليقةٌ[2] واحدةٌ بائِنةٌ[3]، فلا ينفعُهُ اشتِرَاطُ الرَّجْعةِ، ولها اشتراطُ أكثرَ من واحِدةٍ.

= لم يجز لها منه إلا في حدود ما يستحق الزوج من ميراثه منها، وهو إما النصف أو الربع؛ لأنها متهمة في تصرفها في هذه الحال على حرمان الورثة من تركتها.

(١) يعني إذا قال رجل لامرأته: أنت مخالعة، أو خالعتكِ، فهو طلاق بائن. وهذا هو المشهور، وقال ابن عبد البر في «الكافي»: ولو قصد إلى إيقاع الخلع على غير عوضٍ، كان عند مالك خلعاً، وكان الطلاق بائناً. وقد قيل عنه: لا يكون بائناً إلا بوجود العوض، وهذا أصح قوليه عندي وعند أهل العلم والنظر. اهـ.

(٢) وليس فسخاً، ولو كان فسخاً لم ينقص به عدد الطلاق الذي له عليها. فإذا تزوج الرجل امرأة ثم خالعها، ثم تزوجها ثانية، كان له عليها تطليقتان، وثلاث تطليقات على قول من يقول هو فسخ. وإنما كان طلاقاً ولم يكن فسخاً؛ لأن النبي ﷺ قال لثابت في الحديث السابق: «**اقْبَلِ الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً**».

(٣) فلا يلحقه الطلاق، ولا توارث بينهما، ولا نفقةَ عدةٍ لها إلا أن =

فَصْلٌ
في متعة المطلقة والتنازع في متاع البيت

وتمْتِيعُ المُطلَّقةِ بشَيْءٍ من المَالِ، مُستحَبٌّ لجبْرِ قلبِها من فَجيعةِ الطَّلَاقِ. فيُؤمرُ بها الزَّوْجُ، على قَدْرِ حالِهِ من العُسْرِ واليُسْرِ[1]، لكُلِّ مُطلَّقةٍ؛ من مُسْلمةٍ أو كتابِيةٍ، إلَّا أن يكونَ سبَبُ الطَّلَاقِ ناشِئاً من

= تكون حاملاً، ولها السكنى حاملاً أو غير حاملٍ، كسائر المطلقات. ويجوز له دون غيره تجديد نكاحها في أثناء العدة؛ لأن غيره إنما حرم عليه نكاحها في العدة لأجل حقه عليها فيها.

وإنما كان الخلع طلقة بائنة؛ لأنها إنما أعطته العوض لتملك نفسها، ولو كان رجعيّاً لم تنتفع بما بذلت، ولاجتمع للزوج العوض والمعوض عنه، وهذا خلاف الأصول.

(١) لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦]. وقوله: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ قرينة تصرف الأمر عن الوجوب إلى الندب؛ لأن المحسن متفضل في إحسانه، ولا يكون فعل الإنسان للواجب المستحق عليه إحساناً منه، كما أن تأكيده على المتقين في قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٤١] مشعر بعدم الوجوب. فقد قال مالك في «المدونة»: إنما خفف عندي في المتعة، ولم يجبر عليها المطلق في القضاء في رأيي؛ لأني أسمع الله يقول: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ و﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾. فلذلك خففت ولم يُقضَ بها. اهـ.

● فرع:

قال مالك في «الموطأ»: ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها ولا كثيرها. اهـ. أي ليس لها حد في جنسها، فيصح أن تكون من النقود والملابس والحلي، وغير ذلك. ولا في قدرها، فتجوز بالقليل والكثير من ذلك.

جِهتِها، أو تكونَ طُلِّقتْ بعد تَسْميةِ الصَّداقِ لها، وقَبْلَ الدُّخُولِ[(١)].
فلا مُتْعةَ للمخْتلِعةِ، ولا الملاعِنَةِ، ولا لمن طُلِّقتْ بحُكمٍ لضَررٍ وقَعَ من جِهتِها[(٢)].

ولا تُمتَّعُ الرَّجْعِيةُ حتَّى تخرُجَ من عِدَّتها، فتَبِينَ.

وإذا تنازَعَ الزَّوْجانِ أو أوْلياؤُهما في متاعِ بيْتِ الزَّوْجِيةِ، في حالِ الزَّوْجِيةِ أو بعد الفُرْقةِ، ولا بيِّنَةَ لأحدٍ مِنْهما، قُضِي للمَرْأَةِ بما هو مُعتادٌ للنِّسَاء من الملابِسِ والأثاثِ وغيرِها، وللرَّجُلِ بما هو

---

(١) أما عدم تمتيع المطلقة قبل الدخول وبعد تسمية الصداق؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ إلى قوله: ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٦ ـ ٢٣٧]. فذكر امرأتين: الأولى مطلقة قبل الدخول والتسمية، والثانية مطلقة بعد التسمية قبل الدخول. فأمر للأولى بالمتعة، وللثانية بنصف صداقها المسمى. فلما قسم النساء قسمين وأثبت لكل قسم حكماً، دل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه، فبان بذلك أنه لا متعة للثانية. والله أعلم.

● **فرع: في ثبوت المتعة للمدخول بها:**

ولما كان الدخول بالمرأة مقابلاً بمهرها المسمى أو مهر مثلها، كانت الزوجة المدخول بها مستنفقة لمهرها في دخولها، فإذا طلقت ذهبت فارغة اليدين في جنب المطلقة قبل الدخول، فإنها تذهب بنصف المهر، فاقتضى ذلك أن تمتع بشيء حتى يكون سبيلها كالمطلقة قبل الدخول والتسمية. ولأن الأصل أن تمتع كل مطلقة إلا من دل الدليل على استثنائها؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٤١].

(٢) وضابط هذا الباب أن كل فرقة حصلت بسبب من جهة المرأة، سواء كانت قبل البناء أو بعده، فلا متعة فيها؛ لأنها هي التي اختارت الفراق بما تعاطت من أسبابه، فلا فجيعة تلحقها من الطلاق، فتقتضي تمتيعها.

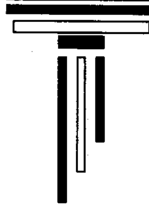
مُعتادٌ للرِّجالِ من ذلك، وكذا ما لا يَتميَّزُ بعادةٍ مُعْروفةٍ[1]. وعلى كلٍّ منهما اليَمينُ فيما أخَذَ.

* * *

(١) فإن كان لواحد منهما بينة على ما ادعى أنه له، أخذه ببينته. ومبنى الحكم في حالة انعدام البينة إنما يرجع إلى استصحاب العرف، ولهذا أدرج ابن فرحون في «تبصرته» هذه الحالة في أمثلة الباب السابع والخمسين في القضاء بالعرف والعادة.

وبيان ذلك: أنهما استويا في وضع اليد على المال المودع في داخل البيت، فكان كلاهما مدعياً ومدعى عليه، وهذا يقتضي التقسيم بينهما نصفين، إلا أن هناك مرجحاً من طريق العوائد بكون المرأة تختص بالحلي والملابس النسائية وأدوات الزينة، ونحو ذلك. والرجل يختص بملابس الرجال والكتب ونحو ذلك، فترجحت دعوى كل واحد فيما يخصه بهذا السبب. وأما ما لا يتميز كالكراسي والطاولات والخزائن، فإنها ترجح فيها دعوى الرجل في قول مالك؛ لأن البيت له ويده أقوى؛ لأن عليه السكنى. وقال ابن القاسم: يقسم بينهما ويحلفان؛ لاشتراكهما في وضع اليد.

وإنما وجبت اليمين عليهما؛ لأن كلّاً منهما مدعى عليه فيما أخذ، وليس على صاحبه بينة، فعليه اليمين، للقاعدة: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه. ولأنه لا يقضى لأحد بشيء إلا بسببين، كشاهدين، وشاهد واحد مع يمين المدعي. ولما كان العرف شاهداً معنويّاً، على ترجح جَنَبة أحد الزوجين فيما أخذ، افتقر إلى ضميمة يمينه حتى يستوجب بسببين.



باب العِدَّة

والعِدَّةُ فتْرةٌ تعقُبُ الطَّلَاقَ، والوَفاةَ(١)، تتربَّصُ فيها المَرْأَةُ بنفْسِها بالامْتِناعِ عن النِّكاحِ ودواعِيهِ، ولو بالإجابَةِ للخِطْبَةِ، والمواعَدةِ بها أو بالنِّكاحِ(٢).

ولا عِدَّةَ على المطَلَّقةِ قَبْلَ الدُّخولِ(٣).

---

(١) وهي تلزم الزوجة المسلمة شرعاً، وتجبر الكتابية عليها قضاءً لحق زوجها المسلم. أما إذا طلقها الكتابي ثلاثاً أو مات عنها، وكان ذلك قبل الدخول بها فللمسلم أن يتزوجها من يومها، إذ لا عدة عليها في الطلاق لعدم الدخول، ولا في الوفاة لفساد أنكحة المشركين. فإن كان قد دخل بها قبل الموت أو الطلاق، لم يكن للمسلم أن يتزوجها قبل الاستبراء بوضع الحمل إن كانت حاملاً، أو بثلاث حِيض إن كانت من أهل الحَيض، أو ثلاثة أشهر إن كانت صغيرة أو يائسةً.

(٢) وقد بينا دليل تحريم العقد على المعتدة والتصريح بخطبتها ومواعدتها، في أول كتاب النكاح.

والأصل من كتاب الله في وجوب العدة وبيان قدرها في أحوال المعتدات، قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. وقوله: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ وَأُو۟لَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [البقرة: ٤]. وقوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

(٣) لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩]. ولأن العدة =

= في الطلاق مطلوبة لاستبراء الرحم؛ بدليل اختلافها باختلاف أحوال النساء؛ وغيرُ المدخول بها لا وجه لاستبرائها، فلا وجه لإيجاب العدة عليها.

وإذا خلا الرجل بامرأته خلوة يمكن معها شغل الرحم بمائه، ثم فارقها بطلاق أو فسخ، فعليها العدة؛ لا فرق في ذلك بين خلوة الزيارة من أحدهما للآخر، وخلوة الاهتداء التي تُهدى فيها المرأة عروساً إلى بيت البناء. فإن لم يمكن شغل الرحم، لكون الزوج صغيراً أو مجبوباً، فلا عدة عليها؛ لاستواء ثبوت الخلوة وانتفائها في حقه.

وإنما أوجب علماؤنا العدة على المختلى بها، وإن أنكر المسيسَ أحدُهما أو كلاهما؛ لأن وجوبها مبني على الاحتياط لبراءة الرحم، وذلك يقتضي أن تجب بمجرد الخلوة لكونها مظنة المسيس، فنزلت منزلة مَئِنَّته. ولم ينظر إلى قولهما في إنكاره؛ لأنه يتضمن إقراراً بثلاثة أشياء؛ براءة الزوج من نصف الصداق، وسقوط حقه عليها في الرجعة، وسقوط العدة عليها، ولا ينفذ عليهما إلا الأولان؛ لأن العدة واجبة لحق الشرع من وجه، فلا يملكان إسقاطها بعد وجود سببها بحصول الخلوة. والله أعلم.

• فرع:

لا يلزم من إيجاب العدة على المرأة بحصول الخلوة بينها وبين زوجها، أن يجب لها تمام الصداق بذلك؛ لأن العدة إنما وجبت في مثل ذلك على وجه الاحتياط لبراءة الرحم، أما الصداق فلا وجه للاحتياط فيه، فوجب أن لا يستحق بتمامه إلا بثبوت الوطء. وحكى ابن العربي في «الأحكام» رواية بوجوب المهر بثبوت الخلوة، واختار القول بها، واحتج بقوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١]. يعني: كيف تأخذون ما أصدقتموهن. وزعم أن الإفضاء هو الخلوة، وهو غير مسلم، فإن الإفضاء إلى الشيء هو الوصول إليه بالمباشرة، فقد قال رسول الله ﷺ: «**إِنَّ مِنْ أَشَرِّ النَّاسِ عِنْدَ اللهِ مَنْزِلَةً يَوْمَ الْقِيَامَةِ، الرَّجُلَ يُفْضِي إِلَى امْرَأَتِهِ وَتُفْضِي إِلَيْهِ، ثُمَّ يَنْشُرُ سِرَّهَا**». وقال: «**لَا يُفْضِي الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ، وَلَا تُفْضِي الْمَرْأَةُ** =

وعِدَّةُ **الحاملِ**، في الطَّلَاقِ والوَفاةِ، تنقضِي بوضْعِ الحمْلِ كُلِّه، ولو وضَعتْ بإثْرِ وُقوعِهما(١).

= **إِلَى الْمَرْأَةِ فِي الثَّوْبِ الْوَاحِدِ**». يعني: المباشرة. أخرجهما مسلم عن أبي سعيد. وفسر ابن عباس الإفضاء في الآية بالجماع، وروي عنه أنه قال: الدخولُ، والتغشي، والإفضاء، والمباشرة، والرفث، واللمس، والمس، هذا الجماعُ، غير أن الله حَيِيٌّ كريمٌ، يُكني بما شاء عما شاء.

ولا خلاف أن الزوجين إذا تصادقا على حصول الوطء، وجب لها المهر كاملاً لإقرار الزوج بموجبه، ولزمتها العدة لإقرارها بموجبها. فإن لم يثبت أنه خلا بها، وأقر هو بالوطء وجب لها تمام الصداق وإن أنكرت الوطء، ولا عدة عليها. وإن ادعته هي فأنكره، انعكس الحكمان. وإن ثبت أنه خلا بها نُظر؛ فإن كانت خلوةَ اهتداء، صُدقت في دعوى الوطء إن أنكره، فيجب لها الصداق كاملاً؛ لأنها سلمت نفسها للدخول، وذلك يقتضي بظاهر الحال تصديقها في دعوى المسيس. وليس له أن يراجعها في عدتها؛ لأنه أقر بعدم المسيس، وذلك يقتضي أن لا رجعة له عليها. وإن كانت خلوةَ زيارة من أحدهما للآخر، صُدق الزائرُ منهما على صاحبه؛ فإن كان هو الزائرَ، وقال: لم أمسسها، فليس لها إلا نصف الصداق؛ لأنها تدعي عليه أنها مكنته من نفسها وظاهر الحال لا يصدقها، بعكس ما إذا كانت هي الزائرة.

(١) لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق: ٤]. والآية وإن كانت في المطلقات إلا أن حكمها يشمل عدة الوفاة؛ لما رواه أبو سلمة بن عبد الرحمٰن عن أم سلمة قالت: ولدت سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بنصف شهر. فجاءت رسول الله ﷺ، فقال: «**قَدْ حَلَلْتِ فَانْكِحِي مَنْ شِئْتِ**». أخرجه مالك من وجهين، وفيه قصة، وهذا لفظه مختصراً، وهو في «الصحيحين» بمعناه. وأخرج البخاري عن ابن مسعود في المتوفى عنها زوجها وهي حامل، قال: أتجعلون عليها التغليظ ولا تجعلون عليها الرخصة؟ أنزلت سورة النساء القُصرى بعد الطُّولى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾. يعنى بالقصرى والطولى: سورتي الطلاق والبقرة.

وعِدَّةُ **الطَّلَاقِ**، لمن تَحِيضُ عادةً، ثلاثَةُ أطْهارٍ مع الطُّهرِ الذي وقعَ فيه[1]. ومن لا تَحيضُ لصِغرٍ، أو يأسٍ، فعِدَّتُها ثلاثةُ أشْهرٍ قَمَريةٍ من يومِ طَلاقِها[2].

---

(١) فتحل بمجرد الدخول في الحيضة الثالثة على المشهور. فإن كان الطلاق في حيض أو نفاس، فبالدخول في الحيضة الرابعة.

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ١٢٨]. **وقروء**: جمع قُرْء، وهو لفظ مستعمل في اللغة للحيض والطهر، لكنه في هذا الموضع أرجح في معنى الطهر؛ لحديث ابن عمر في قصة تطليق امرأته وهي حائض. وذلك أن النبي ﷺ قال له بعدما بين له أن وقت الطلاق للسنة يكون في طهر لم يمس فيه: «**فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللهُ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ**». يعني بذلك قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]. أي: طلقوهن طلاقاً تعقبه عدتهن، فلا تتراخى عنه. فدل ذلك على أن الطهر الذي حصل فيه الطلاق على وجه السنة هو أحد القروء الثلاثة. والله أعلم.

(٢) لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤]. **إن ارتبتم**: يعني شككتم كم تكون عدة اليائسة والصغيرة في الشرع. وهذا يدل على أن حكمهما متأخر في التشريع عن حكم ذات الأقراء.

وإذا كانت المطلقة صغيرة بحيث لا يطيق مثلها الوطءَ، فلا عدة عليها؛ لأن الوطء المعتبر في العدة هو الذي يمكن أن يعلق معه بالرحم ولد، وذلك غير موجود في الصبية التي لا يوطأ مثلها، فكان مسها وعدمه سواء وأشبهت غير المدخول بها. وأما التي يوطأ مثلها، فإن عليها العدة وإن كانت غير بالغ؛ لإمكان حملها في ذلك الوقت، فإن حصول الحمل أحد علامات البلوغ، ولهذا يثبت نسبه من الزوج إلا أن ينفيه بلعان.

وإذا ثبت أن عدة الطلاق مستحقة بإمكان علوق حمل بالرحم، مع وجود سببه الذي هو الوطء، أو ما في حكمه وهو الخلوة الصحيحة، فإذا كان الزوج =

ومن ارتفعَتْ حيْضتُها، وهي مِمَّنْ يَحيضُ أمثالُها، استبرَأتْ بغالبِ مُدَّةِ الحمْلِ؛ تسْعةِ أشْهرٍ، ثُمَّ اعتدَّتْ بعدَها عدَّةَ الآيساتِ؛ ثلاثةً، فتحِلُّ لتمامِ سنةٍ من يومِ طلاقِها[1]، إلَّا إذا كان الارْتيابُ

= صغيراً لا يولد لمثله، فلا عدة على امرأته إذا خالعها عنه وليه، ولو كان قد مسها وهي ممن يحمل مثلها؛ لعدم إمكان الإحبال منه عادة، فكان وطؤه إياها بمنزلة إدخال الأصبع. ولو حملت لحُدَّت ولم ينسب إليه الولد.

وأما عدة الوفاة فالمعتبر فيها مجرد وجود الزوجية، دون إمكان الحمل أو وجود سببه من المسيس حقيقة أو حكماً؛ ولذلك كانت مدتها في غير الحامل واحدة لا تختلف بأحوال النساء. فكانت مستحقة للميت على من مات عنها من نسائه ولو كانت في المهد.

● فرع:

إذا تصادق الزوجان على نفي المسيس بعد حصول الخلوة، لم تسقط بذلك العدة كما سلف قريباً؛ للمعنى الذي أوضحته. ولأنها لو حملت منه لألحق به الولد، ولو كان النكاح فاسداً، إلا أن ينفيه بلعان، ولا يصح هذا إلا مع تقدير حصول الوطء في الخلوة الحاصلة بينهما. وإذا كان النكاح فاسداً لم تستحق عليه من الصداق شيئاً، لا المثل ولا المسمى؛ لأنه إنما يُستحق في النكاح الفاسد بالدخول لأجل المسيس، وهو هاهنا أنكر أنه مسها حين خلا بها، إنكاراً صدقته فيه، فلم يجب لها شيء من الصداق. وإن أقر أنه تلذذ منها بشيء دون الجماع، وجب لها عليه من المال ما يكافئ استمتاعه بها، في أحد القولين؛ لعموم قوله تعالى: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤]، ولأنه لو أقر بمسها لوجب لها عوض الوطء، وهو المهر، فكذلك إذا أصاب منها ما دون الوطء لوجب لها عوضه. وقيل: ليس لها شيء؛ لأن الاستمتاع بما دون الوطء لا يُقوَّم. والله أعلم.

(١) فإذا رأت الحيض قبل ذلك انتظرت حتى تدخل في الحيضة الثالثة. وبه قضى عمر، فقد روى عنه مالك في «الموطأ» أنه قال: أيما امرأة طلقت =

لِسببٍ ظاهرٍ كالإرْضاعِ، فعليها انتظارُ الحيْضِ. وأَجَلُ المرتابَةِ بالحمْلِ أن تبلغَ أقصَى مُدَدِه في مَجارِي العاداتِ[١].

وكُلُّ من تُوفِّي عنها زوْجُها، عدَا الحامِلَ، فعِدَّتُها أرْبعةُ أشْهرٍ قَمَريةٍ، وعشْرةُ أيَّامٍ من يومِ الوفاةِ[٢].

وإذا ماتَ الزَّوْجُ، وهي في عِدَّتِها من طَلاقِهِ الرَّجْعِيِّ، حلَّتْ بأبْعَدِ الأجلَيْنِ؛ من بقيةِ عِدَّةِ الطَّلَاقِ وعِدَّةِ الوَفاةِ الطَّارئةِ عليه[٣].

= فحاضت حيضة أو حيضتين، ثم رفعتها حيضتها، فإنها تنتظر تسعة أشهر، فإن بان بها حمل فذلك، وإلا اعتدت بعد التسعة أشهر ثلاثةَ أشهر، ثم حلت.اهـ. وعليه العمل في المدينة كما في «الموطأ».

(١) وحدده بعض السلف بأربع سنين، وبعضهم بخمس، تبعاً لما شاهدوه في زمانهم. وجُعل كلُّ واحدٍ من التحديدين المشهورَ في المذهب. وما دام التقدير في هذه المسألة راجعاً إلى العادات والواقع، فلا مانع من الخلاص من الارتياب بالرجوع إلى وسائل الكشف الطبي الحديثة. والله أعلم.

(٢) لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

(٣) لأن الرجعية زوجة ما دامت في عدتها، بدليل ثبوت النفقة والسكنى لها، وأن الطلاق يلحقها، ويرث أحدهما الآخر إذا توفي قبل انقضائها. قال ابن المنذر: أجمعوا على أن من طلق زوجته مدخولاً بها طلاقاً يملك رجعتها [فيه] وهو صحيح أو مريض، فماتت أو مات قبل أن تنقضي عدتها، فإنهما يتوارثان.اهـ. إذا ثبت هذا فتجب عدة الوفاة على من مات عنها زوجها وقد طلقها طلاقاً رجعيّاً، ما دامت في عدتها من طلاقه، كما لو كانت غير مطلقة. ثم يُنظر؛ فإن كانت حاملاً انقضت العدتان بوضع الحمل، وإن كانت معتدة بالأقراء أو بالأشهر، فعدتها للوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام؛ فإن انقضت عدة =

فإن كان الطَّلَاقُ بائِناً، لم يكنْ عليها انْتقالٌ؛ لانقضاءِ الزَّوْجيةِ بالطَّلَاقِ. وإذا طلَّقَ الزَّوْجُ امْرَأَتَه وهي في عِدَّتِها من طَلاقٍ رَجْعِيٍّ، استأنفتْ عِدَّةً جَديدةً، وألغَتِ الأُولى.

فَصْلٌ

في أحكام العدة

يَلزَمُ كُلَّ مُعتدَّةٍ أن تُقيمَ، مُدَّةَ عِدَّتها، في بيتِ الزَّوْجيةِ(١)، إذا

= طلاقها وبقي عليها من عدة الوفاة شيء، وجب عليها استكماله، كما لو لم يطلقها، وإن انقضت عدة وفاتها قبل تمام عدة الطلاق، وجب عليها إتمام عدة الطلاق كما لو لم يتوفَّ عنها.

(١) وإذا مات ولم يكن قد دخل بها، لزمت البيت الذي مات عنها وهي فيه. والأصل في ذلك في المطلقات قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١]. فنهى الأزواج عن إخراج المطلقات من بيوت الزوجية، ونهى الزوجات عن الخروج منها. وأما المتوفى عنهن أزواجهن، فدليله من السنة قصة الفريعة بنت مالك، أخت أبي سعيد الخدري؛ فقد توفي عنها زوجها قتيلاً، فجاءت إلى رسول الله ﷺ تسأله أن ترجع إلى أهلها في بني خدرة، فقال لها: «**امْكُثِي فِي بَيْتِك حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ**». قالت: فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً. أخرجه مالك وأبو داود والترمذي. قال ابن عبد البر في «التمهيد»: وهو حديث مشهور معروف عند علماء الحجاز والعراق. اهـ.

وسكنى المعتدة فيها حق وواجب، كما دلت على ذلك الآية السابقة.

أما جانب الحق فيها؛ فهو أن الزوجة تستحق على زوجها المقام في بيت الزوجية في مدة عدتها من طلاق أو وفاة. لكن في الوفاة إذا كانت الدار مستأجرة، ولم يكن قد دفع أجرة السكنى لوقت يشمل عدتها، فلا تستحق السكنى في مال الميراث. والفرق بين المطلق والمتوفى: أن الميت ينتقل ماله =

كانتِ الدَّارُ مملُوكةً للزَّوجِ، أو مُكْتراةً لهُ وقدْ دفَعَ الأُجرةَ فاستوجَبَ السُّكنَى[(١)]. ولها أن تخْرُجَ لحوائِجِها[(٢)] في وقتِ انتشارِ النَّاسِ من النَّهارِ وطَرَفي اللَّيْلِ. ولا يَحِلُّ لأهْلِ الزَّوْجِ إخْراجُها، ولو لأذًى يبْدُو منها، ولا يحِلُّ لها الانْتقالُ إلى بيْتٍ آخرَ، ولو لأذًى

= لورثته بالموت، فينقطع عن التعلق به كلُّ حق ينشأ في المستقبل، كسكنى الزوجة ونفقتها في العدة، بخلاف الحقوق الناشئة في الماضي كالديون، فإنها مقدمة على الميراث. وأما نفقة الحامل فإنما استثنيت لأجل الحمل؛ لأنه إنما يتغذى من غذائها، ونفقته واجبة في مال أبيه.

وأما جانب الوجوب في السكنى؛ فهو أنها تلزم البيت الذي تعتد فيه وجوباً، لحق الله وحق زوجها عليها في ذلك. وهذا ما يغفل عنه عامة الناس بإخراج الزوجة من بيتها بمجرد طلاقها أو وفاة زوجها.

(١) فإن لم يكن له حين طلقها أو توفي عنها، دار يملك رقبتها ولا منفعتها، فلا تستحق عليه السكنى في ماله، إلا في الطلاق الرجعي، كما سلف قريباً؛ لأنها امرأته ما دامت في عدتها. وإن مات غريماً فهي أحق بسكنى الدار من الغرماء؛ لأن حقها متعلق بعين الدار وهو أولى، كالمرهون، فإن بيعت لوفاء الدين، وجب استثناء سكناها لأجل حقها.

(٢) كالزيارة والتهنئة والتعزية وحضور عرس. وكذلك خروجها للعمل إذا كانت عاملة أو موظفة، ويبقى النظر في جواز عملها وعدم جوازه، راجعاً إلى زيها وظروف عملها وما تقتضيه من حل أو حرمة.

والأصل فيما ذكرنا من جواز الخروج للحاجة ما رواه جابر قال: طلقت خالتي ثلاثاً، فخرجت تَجُدُّ نخلاً لها ـ يعني: تجني ثمره ـ فلقيها رجل فنهاها، فأتت النبي ﷺ فذكرت ذلك له، فقال: «**اخْرُجِي فَجُدِّي نَخْلَكِ، لَعَلَّكِ أَنْ تَصَدَّقِي مِنْهُ أَوْ تَفْعَلِي خَيْراً**». أخرجه مسلم وأصحاب السنن عدا الترمذي، وهذا لفظ أبي داود.

يبدُو منهم[1].

وعلى المُطلَّقةِ طلاقاً بائناً أن تحتجِبَ من مُطلِّقِها، ولا يَحلُّ لها أن تُمكِّنَه من نفسِها بحالٍ. وأمَّا الرَّجْعِيةُ فلتفارقْهُ في النَّوْم، وليس عليها حِجابٌ، بل تفْعلُ ما يدْعُوه إلى مُراجعتِها. ولا يحِلُّ له وطْؤُها، ولا التَّلذذُ بها، إلَّا أن يُريدَ المُراجعةَ بذلك[2]، فتَقعُ به، كما تَقعُ بصَريحِ اللَّفْظِ[3].

---

(١) بل ترفع أمرها للحاكم إذا اشتكت سوء الجوار، فيكف الظلم بزجرهم إن كان الأذى منهم، وبزجرها إن كان منها.

وأما إذا كان البيت في مكان موحش أو مخيف، فلها الانتقال منه إلى غيره، وتلزم الذي انتقلت إليه حتى تنقضي عدتها؛ لما ثبت في «صحيح مسلم» أن النبي ﷺ أمر فاطمة بنت قيس أن تعتد عند ابن أم مكتوم. وأخرج أبو داود: أن عائشة قالت: كانت فاطمة في مكان وحش، فخيف عليها فرخص لها رسول الله ﷺ في الانتقال. وأما قول فاطمة عن نفسها في بعض الروايات: إن النبي ﷺ لم يجعل لها نفقة ولا سكنى، فهو لمعنى خاص بها، وليس لأن طلاقها كان باتّاً. قال الحافظ ابن حجر في «فتح الباري»: فإذا جمعت ألفاظ الحديث من جميع طرقه، خرج منها أن سبب استئذانها في الانتقال ما ذُكر من الخوف عليها ومنها، واستقام الاستدلال حينئذ على أن السكنى لم تسقط لذاتها، وإنما سقطت للسبب المذكور.اهـ.

(٢) لأن المطلقة الرجعية زوجة، فيما عدا ما ذُكر، ما دامت في عدتها. قال في «الشرح الصغير»: والزوجة الرجعية كالزوجة التي في العصمة، في لزوم النفقة والكسوة والسكنى، ولحوق الطلاق، وحكم الظهار، إلا في الاستمتاع والخلوة بها والأكل معها بلا نية مراجعتها بذلك، فلا يجوز.اهـ. وإذا جامعها من دون قصد المراجعة، لم يجب عليه الحد في ذلك لمكان الشبهة، ولوجود من يجيز ذلك من الفقهاء.

(٣) كقوله: راجعتها، أو رددتها، أو أمسكتها، ولا يشترط مخاطبتها =

فَصْلٌ
في الإحداد

يجِبُ الإحْدادُ على المعتدَّةِ من وفاةِ زوْجِها[(١)]. وهو: اجتنابُ

= بذلك؛ لأن الرجعة لا تفتقر إلى رضاها ولا رضا وليها، فلا تفتقر إلى علمهما، وما كان سبيله كذلك لم يشترط فيه مخاطبة من تعلق به. ومما يدل على عدم اعتبار رضا المطلقة في الرجعة قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣١]. ومعنى هذه الآية يبينه ما رواه مالك عن ثور بن زيد الديلي: أن الرجل كان يطلق امرأته، ثم يراجعها ولا حاجة له بها ولا يريد إمساكها، كيما تطول بذلك عليها العدة، ليضارها، فأنزل الله هذه الآية، يعظهم الله بذلك. اهـ. فبان بذلك أن الرجعة لو كانت تتوقف على رضا المرأة، لم يكن للزوج سبيل إلى المضارة المذكورة.

• **فرع في الإشهاد على الرجعة:**

قال ابن الحاجب: ويؤمر بالإشهاد ولا يجب على المشهور، ولها منع نفسها حتى يُشهد. اهـ. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]. وظاهره الوجوب وهي رواية حكاها القاضي إسماعيل عن مالك؛ لما فيه من رفع الدعاوى وتحصين الفروج والأنساب. والمشهور أن الأمر مصروف إلى الندب، بقرينة أن متعلق الإشهاد غير مذكور في الآية، فوجب حمله على ما تقدم من الكلام، وذلك يتناول الطلاق والرجعة، فلو كان واجباً أن يشهد على الرجعة، لوجب على الطلاق أيضاً، لكن الإشهاد على الطلاق غير واجب إجماعاً، فينبغي أن لا يجب على الرجعة أيضاً. ويقال أيضاً: إن الرجعة كما تحصل بالقول، فكذلك تحصل بالفعل المقترن بالنية، وهو لا يمكن الإشهاد عليه، إذ لا يقع الوطء إلا سرّاً. ولأن الرجعة لا تفتقر إلى قبول، فلم تفتقر إلى إشهاد، كسائر حقوق الزوج.

(١) لحديث زينب بنت أبي سلمة، عن أم حبيبة بنت أبي سفيان، قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ**، =

= تُحِدُّ عَلَى مَيْتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ؛ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً». أخرجه مالك والشيخان. وفي «الموطأ» أيضاً عن زينب بنت أبي سلمة، عن زينب بنت جحش أنها قالت مثل ذلك.

والحديث يدل بظاهر لفظه على أن الإحداد مباح غير واجب؛ لأنه استثناء من عموم التحريم قبله، فتقدير الكلام: إلا على زوج فيحل لها أن تحد عليه. لكن قال القاضي عياض: واستفيد وجوب الإحداد في المتوفى عنها زوجها، من اتفاق العلماء على حمل الحديث على ذلك، مع أنه ليس في لفظه ما يدل على الوجوب، ولكن اتفقوا على حمله على الوجوب مع قوله ﷺ في الحديث الآخر حديث أم سلمة، وحديث أم عطية في الكحل والطيب واللباس، ومنعها منه. اهـ. من «شرح مسلم» للنووي.

وأجمع العلماء على وجوب الإحداد على المتوفى عنها زوجها، إلا الحسن البصري فلم يره واجباً عليها ولا على غيرها، وهو قول شاذ لم يلتفت إليه أحد من بعده.

وقوله في الحديث السابق: «إِلَّا عَلَى زَوْجٍ» يعم كل امرأة توفي عنها زوجها، على اختلاف أحوال النساء، كقوله تعالى في إيجاب العدة عليهن: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]. فدخل في عمومه الصغيرة وغير المدخول بها، وأجمع العلماء على وجوب الإحداد على غير المدخول بها، وأما الصغيرة فعامة أهل العلم على وجوبه عليها؛ لأن العدة تلزمها كالكبيرة فكذلك الإحداد. وتدخل الحامل أيضاً في عموم الحديث، إلا أنها مستثناة في مدته، فهي في حقها تنتهي بوضع الحمل كالعدة، بدليل قصة سبيعة الأسلمية، فإن النبي ﷺ أذن لها أن تنكح من شاءت بعد وضع حملها بأيام من وفاة زوجها. وإذا كان النكاح يحل لها، فأولى أن تحل لها الزينة التي هي من دواعيه.

وأما الكتابية فالمشهور أنها كالمسلمة في وجوب الإحداد. وقال ابن نافع: لا إحداد عليها، ورواه أشهب عن مالك. ودليله قوله في الحديث: =

= «**لا يَحِلُّ لامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ**». فخص التحريم بالمسلمات، وما في حيز الاستثناء بعده، يعود إلى المستثنى منه في اعتبار الجنس، فوجب أن يختص بالمسلمات أيضاً، ولأن الإحداد ترك للزينة تعبداً كالإحرام، والكافرة ليست من أهله. وحجة المشهور: أن ترك الإحداد يتعلق به حق الزوج لحفظ النسب، فكان سبيلُه سبيلَ العدة لأنه يؤكد معناها في ترك التعرض لدواعي النكاح من الطيب والزينة، وهذا معنى تستوي فيه الكتابية والمسلمة. ولأنها مثلها في إيجاب السكنى لها، والنفقة إذا كانت حاملاً، فكذلك الإحداد. وأما الحديث فلا حجة فيه؛ لأن الاستثناء إذا كان منقطعاً استقل بحكمه فعم سائر الزوجات، وإن كان متصلاً لم يمتنع أن يكون ذكر الإيمان فيه مراداً للاستحثاث لا للتخصيص، كما في قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. والكتابية في هذا كالمسلمة، فإنها منهية إذا كانت مطلقة عن كتمان ما في بطنها من الحيض، حيث كان علامة لانقضاء العدة، ولا يعرف إلا من قولها.

- **فرع في إحداد المطلقة:**

أجمع العلماء على أن المطلقة إذا كانت رجعية، فلا إحداد عليها، بل لها أن تتعرض بزينتها لزوجها وتستشرف له تُرغِّبه بذلك في رجعتها. وكذلك عندنا في التي لا يملك الرجعة عليها، كالمختلعة والملاعنة والمبتوتة، خلافاً لأبي حنيفة في إيجابه على المبتوتة، وهي إحدى الروايتين عن أحمد. وقال الشافعي في «الأم»: ولا يتبين لي أن أوجبه. وأصح قوليه أنه غير واجب. ودليلنا: أن الإحداد من المقدرات الشرعية، فلم يجز أن يثبت إلا بنص من كتاب أو سنة، كالعدة، وليس فيهما منه شيء إلا في نساء الموتى، فبقي سواهن على حكم الأصل. ولأنها معتدة عن غير وفاة، فلم يجب عليها الإحداد كالرجعية، والموطوءة بشبهة. ولأن الإحداد في عدة الوفاة مشروع لإظهار الحزن على فراق الصاحب بالجنب، وهذا المعنى منتفٍ في فرقة =

زينةِ الثِّيابِ والحُلِيِّ والأَصْبغةِ والعُطورِ[١]. فلا تَلْبَس مُلوَّنَ الثِّيابِ، كالأحْمرِ والأصْفرِ، وكُلِّ لونٍ يُعدُّ زينةً في عُرْفِ قوْمِها أو بَلدِها. ولا تتحَلَّى بقُرْطٍ ولا خاتمٍ ولا خُرْصٍ ولا سِوارٍ ولا قِلادةٍ. ولا تَتزيَّن بأصْبغةِ الأَظْفارِ، ولا الشِّفاهِ، ولا الخُدودِ. ولا تخْضب يداً ولا رِجْلاً ولا شَعراً، ولها أن تكتَحِلَ لحاجةٍ ليْلاً، ولْتَمْسحْهُ بالنَّهارِ[٢]. ولا تستعْمِل عِطراً في صَابونٍ، ولا دُهْنٍ، ولا غيرِهما. ولا تدْخُل حمَّاماً من الحمَّاماتِ العامَّةِ.

= الطلاق؛ لأن الغالب فيها أن تكون عن فساد ما بين الزوجين، فتفرح له الزوجة كما في المختلعة. ولأن منع الطيب والزينة مبالغة في زجر المرأة عن أسباب النكاح، احتياطاً لحق الزوج وحفظ نسبه، فإنه إذا توفي عنها، لم يوجد من يقوم مقامه في مراقبتها في عدتها، فربما اعتدت ونكحت غيره فيها، وقد تكون حملت من الأول قبل موته، فيكون ذلك سبباً لاختلاط النسب؛ ولهذا المعنى وجب الإحداد على جميع نساء الموتى. وأما المطلِّق فإن واجباً على مطلَّقته أن تعتد في بيته، فكان هو الرقيب عليها، الزاجر لها، فلم يحتج إلى إحداد يُحتاط به له. والله أعلم.

(١) والأصل في ذلك من السنة حديث أم عطية قالت: قال النبي ﷺ: **«لَا تُحِدُّ امْرَأَةٌ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ؛ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً، وَلَا تَلْبَسُ ثَوْباً مَصْبُوغاً، إِلَّا ثَوْبَ عَصْبٍ، وَلَا تَكْتَحِلُ، وَلَا تَمَسُّ طِيباً إِلَّا إِذَا طَهُرَتْ، نُبْذَةً مِنْ قُسْطٍ أَوْ أَظْفَارٍ»**. أخرجه الشيخان. **ثوب عَصْب**: ثياب كانت تصنع في اليمن يعصب غزلها ثم يصبغ معصوباً ثم تنسج. **نُبذة**: قطعة أو شيء يسير. **القُسط والأظفار**: نوعان معروفان من البخور.

(٢) لما رواه مالك في «الموطأ» بلاغاً عن أم سلمة زوج النبي ﷺ، قالت لامرأة حادٍّ على زوجها، اشتكت عينيها، فبلغ ذلك منها: اكتحلي بكحل الجِلاء بالليل، وامسحيه بالنهار. وروى بلاغاً عن النبي ﷺ: أنه قال =

فَصْلٌ
في الاستبراء

وهو طَلَبُ براءَةِ الرَّحِم من الحَمْلِ.

وأسْبابُه خَمْسةٌ: الأَوَّل: الزِّنى، والغِيابُ على المغصُوبَةِ[1].

= لأم سلمة نحو ذلك. ويدل لهذا الترخيص من جهة القواعد: أن الضرورات تبيح المحظورات، قال مالك تعليقاً على الحديث السابق: وإذا كانت الضرورة فإن دين الله يسر. ومن جهة القياس: أن المحرم يحرم عليه حلق شعره، إلا إذا كان به أذى يحتاج معه إلى الحلق، فإنه يجوز له ذلك، ويفتدي. فكذلك الحادُّ، إذا كان ببدنها من الحاجة ما يقتضي استعمال الكحل أو الدهن على وجه التداوي لا الزينة، فلها أن تفعل، إلا أنه لما لم يكن ترخصاً في عبادة، لم يشرع له الشارع جابراً من فدية ولا كفارة. والله أعلم.

(١) فمن غصب امرأة نفسَها، فغيبها عنده مدة يمكن فيها الوطء ولو بضع ساعة، لم يجز لها أن تتزوج إن كانت أيِّماً، حتى تسبرئ بثلاث حِيضٍ؛ فإن كانت ذات زوج وجب على زوجها استبراؤها قبل الوطء؛ لاحتمال أن تكون حملت من الذي غصبها. ولو ادعت نفي الجماع هي أو غاصبها، لم يسقط وجوب الاستبراء لدعواهما؛ لأن فيه شائبة حق لله كالعدة، فلا يقبل فيه الإقرار بما يقتضي إسقاطه بعد حصول موجبه من الخلوة المحققة أو المقدرة، كما لا يقبل إقرار الزوجين بعد حصول الخلوة، بنفي المسيس في إسقاط العدة. ولأن الحق في استبرائها متعلق بالزوج الذي يملك عصمتها في الحال أو المآل، فلا يقبل منها ولا من غاصبها الإقرار بما يقتضي إسقاطه بعد قيام موجبه.

ومثلُ المغصوبةِ المسلمةُ تسبى في الحرب، فيغيب عليها سابيها، والحرة يشتريها أحدٌ جهلاً أو عمداً عدواناً، فيغيب عليها، فعليها الاستبراء، كما في غياب الغاصب. =

والثَّاني: حُصولُ الجِماعِ في نِكاحٍ فاسدٍ، فيَجبُ الاسْتِبْرَاءُ من حِينِ التَّفريقِ بَيْنَهما[١]. **والثَّالثُ**: وطْءُ الشُّبْهةِ؛ سواءٌ كانتْ شُبْهةً في عَقْدِ النِّكاحِ أو المِلْك، أم كانتْ في المعقُودِ عليْها من زوْجةٍ أو أَمَةٍ[٢].

= • فرع:

إذا زنى الرجل بامرأة، ثم أراد أن يتزوجها، لم يجز له ذلك حتى تُستبرأ؛ لأنها لو حملت من زناه بها لم يلحق به الولد ولو استلحقه؛ لإجماع العلماء على أن نسب ولد الزنى منقطع من جهة أبيه. فلو جاز له أن يتزوجها قبل استبرائها، ثم ولدت لمدة يمكن فيها إلحاق النسب وهي ستة أشهر فما فوق، لنُسب الولد إليه، وقد يكون من مائه الفاسد الذي لا حرمة له. فثبت بهذا أنه لا يجوز أن ينكح امرأة زنى بها حتى تُستبرأ من مائه الفاسد، كما لو كان الذي زنى بها رجلاً آخر.

(١) والكتابية إذا كانت متزوجة من غير المسلم، وقد دخل بها، ثم فارقها بطلاق أو وفاة، فأراد مسلم أن ينكحها، لم يكن له أن ينكحها حتى تُستبرأ بثلاث حيض؛ إذ ليس عليها عدة طلاق ولا وفاة، لِما قدمنا من أن أنكحة المشركين فاسدة.

(٢) وذلك مثل أن يتزوج أخوان أختين، فيُخطأ بهما في الدخول، فتُدخل كل واحدة منهما على زوج الأخرى، فالواجب أن ترد كل واحدة إلى زوجها، ولا يقربها حتى يستبرئها بثلاث حيض؛ للوطء الذي وطئها أخوه بالشبهة. وعلى كل واحد منهما للتي أدخلت عليه صداقُ مثيلاتها من النساء؛ لأن الصداق عوض البضع، فيجب كاملاً بكل وطء، إلا في الزنى الذي يكون بطوع من المرأة، فلا صداق لها لرضاها ببذل بضعها بلا شيء، كما لو أقرت إحدى الأختين أنها كانت عالمة حين أدخلت على زوج أختها، أنه ليس زوجها، فعليها الحد ولا صداق لها. وإذا ثبت أن الذي أدخل المرأة على غير زوجها، كان يعلم أنها ليست امرأته فغره منها، فللذي أدخلت عليه أن يرجع على الغار بما أعطاها من صداق؛ لأن الغرور الفعلي يوجب الضمان عندنا بخلاف الغرور القولي.

والرَّابعُ: الارتيابُ بالحمْلِ، أو الحيْضِ، في عِدَّةٍ من طلَاقٍ أو وفاةٍ. **والخامسُ**: تجديدُ المِلْك في الإماءِ، وابتداؤه بسَبْيِ نساءِ الحَربِيِّينَ.

وهو واجِبٌ، كالعِدَّةِ، في الأسْبابِ المذْكورةِ. ولا يجبُ الاسْتِبْرَاءُ على المُطلَّقةِ ولا على المتوفَّى عنْها زوْجُها؛ لأنَّ العِدَّةَ تتضمَّنُه.

ومُدَّتُه في الأسْبابِ الثَّلاثةِ الأُولَى، كالمُدَّةِ في عِدَّةِ الطَّلَاقِ، على ما مضَى من التَّفْصيلِ في أحْوالِ النِّساءِ[١].

ومدَّتُه في تجْديدِ المِلْكِ على الإِمَاءِ وفي ابتدائِهِ بالسَّبْيِ، وفي زِنَى الإماءِ ووطْئِهنَّ بالشُّبْهةِ، حيْضةٌ واحدةٌ مِمَّنْ تحيضُ، وثلاثَةُ أشْهرٍ مِمَّنْ لا تحيضُ، وبوضْعِ ذاتِ الحمْلِ حمْلَها[٢].

---

(١) فالحامل بوضع الحمل، والتي تحيض بثلاثة قروء، والصغيرة واليائس بثلاثة أشهر.

(٢) ودليل مشروعية استبراء الإماء من السنة، ما رواه أبو سعيد الخدري عن النبي ﷺ: أنه قال في سبي أوطاس: «**لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ وَلَا غَيْرُ ذَاتِ حَمْلٍ حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً**». أخرجه أبو داود. وصححه الحاكم، وقال ابن عبد البر في «التمهيد»: والأحاديث عن النبي ﷺ أنه قال: «**لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ، وَلَا حَائِلٌ حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً**»، أحاديث حِسان، وعليها جماعة أهل العلم في الوطء الطارئ بملك اليمين. اهـ. والحديث السابق لم يتناول الصغيرات ولا الآيسات. وإنما جُعل أمدُهن ثلاثةَ أشهر، مع أن القياس يقتضي أن يكون شهراً، في مقابل الحيضة الواحدة ممن تحيض؛ لأن الاستبراء مقصود لبراءة الرحم من الحمل، وذلك يعرف بحيضة واحدة فيمن تحيض، وأما من لا تحيض فإنه لا يتبين منها إلا في ثلاثة أشهر فأكثر. =

وإذا كانَتِ المستبْرَأَةُ ذاتَ زوْجٍ، لم يجُزْ لزوْجِها وَطؤُها، إلَّا أن تكونَ ظاهِرَةَ الحَمْلِ، قَبْلَ الوَطْءِ الموجِبِ للاسْتِبْرَاءِ[١]. وكذلك المَمْلُوكةُ ليس لسيِّدِها وطؤُها في مُدَّة الاسْتِبْرَاءِ، ولا يَبِيعُها، ولا يَطؤُها مَن اشْتَرَاها حتَّى يسْتَبرئَها من وطْءِ مالِكِها السَّابقِ.

والتي لا زوْجَ لها ولا مالِكَ، لا يجُوزُ لأحدٍ أن يتزوَّجَها[٢]، ولا أن يخْطُبَها صراحَةً، ولو كان هو الوَاطئَ[٣]، حتى ينقضِيَ أجَلُها.

= وقد جمع عمر بن عبد العزيز القوابل وأهل العلم، وسألهم عن ذلك، فأخبروه أن الحمل لا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر، فأعجبه ذلك. نقله ابن قدامة في «المغني».

(١) فيجوز له إذ ذاك أن يطأها، على ما نقله ابن يونس؛ للأمن من اختلاط النسب. وذكر ابن رشد في «البيان والتحصيل» أنه يحرم مطلقاً؛ لعموم حديث رويفع الآتي.

وإذا حملت من الزاني أو الغاصب، حَرُم على الزوج الوطء بعد ظهور الحمل كما كان حراماً عليه قبله، حتى تضع حملها، بغير خلاف؛ لقوله ﷺ: **«لَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ، أَنْ يَسْقِيَ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ»**. أخرجه أبو داود والترمذي عن رويفع بن ثابت. وصححه ابن حبان.

(٢) وهذا بخلاف العدة من طلاق بائن، فإن لزوجها المطلق أن يتزوجها في العدة، إذا كان النكاح الأول صحيحاً؛ لأنها إنما حرمت على غيره لأجل حقه في حفظ النسب.

(٣) وعلى هذا لا يجوز تزويج المرأة ممن زنى بها في أثناء استبرائها بدعوى القصد إلى الستر عليها؛ لأن ماء الزاني فاسد لا حرمة له، بدليل عدم لحوق الولد منه، فإذا تزوجها هو أو غيره في هذه الحال، فإنه يخلط ماءً حلالاً بماء حرام. وأجاز الشافعي وأبو حنيفة أن ينكح الرجل امرأة قد زنى بها من دون استبراء لها.

فَصْلٌ
في مصير امرأة المفقود

لامْرَأَةِ المفْقودِ في بلادِ الإسْلامِ أن تَرفعَ أمْرَها للحَاكمِ، أو مَن يَقومُ مقامَه من جماعةِ المسْلمينَ، فيؤجِّلُهُ أربَعَ سنينَ بعدَ اليَأْسِ من خبَرِه[١]، ثُمَّ تعْتدُّ عدَّةَ الوفاةِ وتُحِدُّ فيها، ثُمَّ تتزوَّجُ مَن شاءَتْ. فإن ظَهرَ الأَوَّلُ قَبْلَ دخولِ الثَّاني بها، فُسِخَ عَقْدُ الثَّاني[٢]. وليس

---

(١) وهذا إذا ترك لها نفقة لهذه المدة، وإلا كان لها طلب التطليق بالإعسار بالنفقة.

ودليل التفريق بسبب الفقد من جهة القياس: أن للزوجة حقّاً في الوطء، بدليل ثبوت حق التفريق بسبب عُنة الزوج وإيلائه مع عدم الفيئة، وغيابُ عينه أضرُّ عليها من العُنة والإيلاء، فكان التفريق بسببه أولى. وإنما ضرب له أجلٌ أربعُ سنين؛ لأنه قضاء قضاه عمر لم تؤثر سنة قبله تخالفه، ولا أنكره أحد من الصحابة، فكان إجماعاً. ولأنها مدة يتبين فيها خبر من كان حيّاً في بلاد المسلمين، خاصة بعد البحث والسؤال والمكاتبة إلى الجهة التي فقد فيها.

• فرع:

وإذا فقد في اقتتال بين فئتين من المسلمين، اعتدت امرأته من يوم بدء القتال، وقيل: من يوم الانفصال، وهو الأحوط.

(٢) وفي «الموطأ» أنها تفوت قبل الدخول أيضاً، وهو قول مرجوع عنه. ووجه الفوات بالدخول: أن الزوج استند فيه إلى حكم الحاكم بالتفريق، بناء على الاجتهاد في التقصي والبحث، فكان فوتاً على الزوج الأول. وهذا بخلاف التي يبلغها وفاة زوجها، ثم يظهر بعد تزوجها، فإن عقد الثاني يفسخ أبداً، ولو كانت ولدت منه الأولاد. والفرق بينهما أن تزوج التي بلغها وفاة زوجها، لم يستند إلى حكم حاكم، ولا كان بسبب من زوجها، بخلاف الأخرى.

لامْرَأَةِ المفقودِ في دارِ الحرْبِ أو الأَسيرِ فيها، أن تعْتدَّ حتَّى تتيقَّنَ موْتَ زوْجِها أو يبْلغَ السنَّ الذي يموتُ فيها أمثالُه[1].

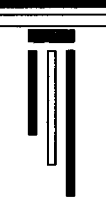
*   *   *

(١) وهو سبعون سنة، وهو رواية أشهب وابن القاسم عن مالك. وقيل غير ذلك. ودليل الأول: قوله ﷺ: «**أَعْمَارُ أُمَّتِي مَا بَيْنَ السِّتِّينَ إِلَى السَّبْعِينَ، وَأَقَلُّهُمْ مَنْ يَجُوزُ ذَلِكَ**». أخرجه الترمذي وحسنه، وابن ماجه، وصححه ابن حبان. وهذا إذا ترك لها نفقة، وإلا فلها التطليق بالإعسار بها. وإنما لم يضرب أجل للمفقود في دار الحرب والأسير فيها؛ لأن التأجيل فرع عن تغليب موته بعد الاستقصاء في البحث، ولا سبيل إلى ذلك في دار الحرب؛ لعدم سلطان المسلمين عليها، فتبقى حياته راجحة إلى أعمار أمثاله. ونقل ابن قدامة الإجماع على أن زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاة زوجها. والله أعلم.

• فرع:

وإذا فقد في قتال بين المسلمين والكفار، فإن امرأته تعتد بعد سنة من البحث عنه. وهي رواية أشهب عن مالك في «العتبية». وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم: يعمر إلى أعمار أمثاله.



باب الإيلاء

الإيـلاءُ: أن يـحـلِفَ الـزَّوْجُ بـاللهِ تَـعَـالَـى[١]، أو بـشـيءٍ مـن الالـتـزامـاتِ، كـالـعـتـقِ، والـطَّـلَاقِ، والـصَّـدقـةِ، والـصَّـوم، وسـائـرِ القُرُباتِ[٢]، أن لا يطَأَ زوجتَه لمدَّةٍ تزيدُ على أربعةِ أشهُرٍ[٣].

فَلَهَا رفْعُ الدَّعوى إلى القَاضِي بذلك، فَيُوقفُهُ، ثُمَّ يأمرُه بالفَيْئَةِ، في أجلٍ أَقْصَاه أربعةُ أشهرٍ من تَارِيخِ الحَلِفِ. فإن فاء فيها إلى حقِّ

---

(١) أو باسم من أسمائه كالرحمٰن والخالق، أو بصفة من صفاته كعزته وقدرته.

(٢) وإنما جعل للالتزام الشرطي حكم اليمين؛ لأنه يمين في اللغة، ولأن موجب اليمين بالله البر أو الحنث مع الكفارة، وموجب الالتزام الشرطي ترك الشرط أو فعله مع لزوم مشروطه، فتشابها. وقال ابن عباس: كل يمين منعت جماعاً فهي يمين.

(٣) قال ابن عبد البر في «الكافي»: وإذا كانت المدة التي حلف عليها أربعةَ أشهر فدون، لم يكن لزوجته عليه حجة، ولم يكن مولياً في الشريعة، وإن كان حالفاً في اللغة، ولكنه إن وطئها قبل الأجل حنث في يمينه، ولزمه كفارتها. اهـ.

ووجه ذلك أن الإيلاء في اللغة، كالألية، مصدر آلى يؤلي. ومعناه: الحلف. قال الأعشى:

فـآلـيـتُ لا أرثِـي لـهـا مِـن كـلالـةٍ ... ولا مِنْ وجًى حتى تُلاقي محمدا

زوجتِهِ، وإلَّا أوقَفَهُ ليختارَ بَيْنَ الفَيْئَةِ والطَّلَاقِ في الحالِ[1]. فإن نكَلَ عنهما جميعاً، طَلَّقَ عنه القَاضِي، طَلْقةً واحِدةً، يملِكُ فيها المُراجَعَةَ بشرطِ الفَيْئَةِ[2].

وتتحقَّقُ الفَيْئَةُ بافْتِضاضِ البِكرِ، وبتغييبِ الحَشَفَةِ في فرْجِ الثَّيبِ، في وطءٍ مُباحٍ فيهما[3]. وبالفَيْئَة يلزمُه مُوجَبُ الحِنْثِ في يَمِينهِ؛ من كفَّارةٍ، أو عتقٍ أو غيرِهما.

والمُضَارِرُ بتركِ الوطْءِ لامْرَأتِهِ، من غَيْرِ يَمينٍ، يُؤْمرُ بالمفارقةِ للحَالِ، ولا يُضربُ له أَجَلٌ.

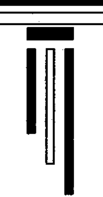
* * *

---

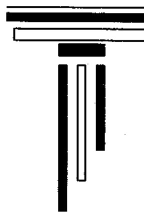
(١) والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦ ـ ٢٢٧]. فلما جعل للمؤلي من زوجته أمداً حده أربعة أشهر، دل على أن هذه المدة بتمامها فسحة له، وأنه لا يؤخذ بالخيار بين الفيئة والطلاق إلا بعد انقضائها. ولأنه رتب الفيئةَ عقيب التربص بفاء الترتيب والتعقيب، فدل على تأخره عليها.

(٢) ولا يلزمه الطلاق بمجرد الحلف على مدة تزيد على أربعة أشهر، إذا مضت ولم يفئ فيها. رواه مالك في «الموطأ» عن علي، وقال: وذلك الأمر عندنا. ورَوى مثله أيضاً عن ابن عمر.

(٣) فإن كان مريضاً أو غائباً أو سجيناً، أمر بالكفارة عن يمينه إذ بها يتحقق أنه قد فاء.



باب الظهار(١)



الظِّهارُ: تشبيهُ الرّجُلِ امْرَأتَهُ بمن تَحْرمُ عليه أبداً؛ بنسبٍ، أو رَضاعٍ، أو مُصاهرةٍ، كأمِّه، وأمِّها، وأختِهِ من الرَّضاعةِ. سواءٌ شبَّهَ جُملةَ الزَّوْجةِ بِجُملةِ المُحرَّمةِ؛ كقولِهِ: أنتِ عليَّ كأمِّي، أو جُملةَ الزَّوْجةِ ببعضِ المُحرَّمةِ؛ كقولِهِ: أنتِ عليَّ كظَهْرِ أمِّي، أم شَبَّهَ البَعْضَ بالبَعْضِ منهما؛ كقولِهِ: فرْجُكِ عليَّ كفرْجِ أمِّكِ، أو شَبَّهَ بعضَ الزَّوْجةِ بجُملةِ المُحرَّمةِ؛ كقولِهِ: فرْجُكِ عليَّ كأُخْتِي، أو كابْنَتِي.

والتَّشبيهُ بمَنْ تَحْرُمُ مؤقَّتاً، كأختِ الزَّوْجةِ، وبالأَجْنَبيةِ التي تحلُّ بالعَقْدِ، كنايةٌ في الظِّهارِ، كالتَّشبيهِ بغيرِ الظَّهرِ(٢).

---

(١) **الظِّهار**: على وزن فِعال، كالمظاهرة، مصدر ظاهَرَ يظاهِرُ. ومعناه في اللغة: التأييد والمناصرة، وهذا إذا تعدى لمفعوله بنفسه كقولك: ظاهر فلان فلاناً. وأما إذا تعدى بحرف الجر «مِنْ» فهو المقصود هنا، على ما أوضحته في المتن. والأصل في بيان حكم الإقدام عليه، وموجَبِه، قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمۡۖ﴾ إلى قوله: ﴿فَمَن لَّمۡ يَسۡتَطِعۡ فَإِطۡعَامُ سِتِّينَ مِسۡكِينٗاۚ﴾ [المجادلة: ٢ ـ ٤]. وإنما خص الظهر بالذكر؛ لأنهم كانوا يعبرون عنه بقولهم: أنتِ علي كظهر أمي. ويكنون بذلك عن تحريم جماع نسائهم على أنفسهم، فجعل الشرع له مخرجاً بالكفارة.

(٢) وجملة الكلام في ألفاظ الظهار؛ أنها على ثلاثة أقسام: =

وهو مُحرَّمٌ بكونِه مُنكَراً من القَولِ وزُوراً[١]، ويُوجِبُ حُكْمَيْنِ:

أحدُهما: تحريمُ الجِماعِ وسائرِ وُجوهِ الاستمتاعِ[٢]، تحريماً مَمْدوداً إلى التَّكفيرِ.

والثاني: وجوبُ الكفَّارةِ بالعَوْدِ؛ وهو العَزْمُ علَى الوَطْءِ[٣].

= **الأول**: صريح؛ وهو ما اشتمل على ذكر الظهر مع ذكر إحدى المحرمات على التأبيد، كقوله: أنت علي كظهر أمي. وهو ظهار؛ لا تنفع النية في صرفه للطلاق أو غيره.

والثاني: كناية ظاهرة؛ وهي كل لفظ سقط منه التشبيه بالظهر، أو تناولَ محرمةً على التأقيت لا التأبيد، كقوله: أنت علي كأمك، أو كظهر أختك، أو كظهر فلانة الأجنبية. وهو ظهار إن قصده؛ لأنه يحتملهما معاً فجاز تخصيصه بأحدهما بالقصد. وطلاقٌ إن قصده، ويكون بائناً باتّاً ككناية الطلاق. وإن قصد شيئاً ثالثاً كالتكريم فلا شيء عليه؛ لقوله ﷺ: «**ولكل امرئ ما نوى**».

والثالث: كناية خفية؛ وهي كل لفظ لا صراحة فيه ولا كناية، كقوله: أنت علي أعز من أختك، أو أكرم من أمك. فلا يلزمه شيء من ظهار أو طلاق إلا أن ينويه، ككناية الطلاق الخفية.

(١) لقوله تعالى: ﴿مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْۖ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدْنَهُمْۚ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًاۚ وَإِنَّ ٱللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ﴾ [المجادلة: ٢]. وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَزْوَٰجَكُمُ ٱلَّٰٓـِٔي تُظَٰهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَٰتِكُمْۚ﴾ [الأحزاب: ٤]. وهذا إذا كان التشبيه لقصد التحريم، أما إذا كان لقصد التكريم، فهو معروف من القول وإحسان، ولا يكون ظهاراً. قال ابن شاس: أما لو قال: كعين أمي، أو روحها، أو كأمي، وأراد الكرامة، فليس بظهار، وإن قصد الظهار فهو ظهار.

(٢) وقال سحنون وأصبغ: يمتنع عليه الجماع فقط.

(٣) وهذا يعني أن الكفارة لا تجب بمجرد الظهار، حتى ينضم إليه العود، كاليمين لا تجب كفارتها إلا بانضمام الحنث إليها. فإن ظاهر منها ثم =

....

= طلقها فلا شيء عليه، حتى تعود إليه بالمراجعة في العدة أو بنكاح جديد بعدها، فإن عادت إليه لم يجز له قربانها حتى يكفِّر؛ لعموم قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣]. فإن امتنع عن الوطء لأجل الظهار ولم يخرج منه بالكفارة، فلزوجته رفعه إلى الحاكم، فيضرب له أجل الإيلاء، فإن انقضى ولم يفعل، ورضيت بالطلاق طُلِّقت عليه.

وما ذكرناه من معنى العود، وهو العزم على الوطء، هو المعتمد، وهو رواية «المدونة». وقال مالك في «الموطأ»: العود هو العزم على الإمساك مع الوطء. قال الباجي: وعليه أكثر أصحابه. وقيل: هو العزم على الإمساك فقط، وقيل: هو نفس الوطء.

فوجهُ أنه نفس الوطء: أن المظاهر إنما حرم على نفسه بزعمه وطء امرأته مع استبقاء عصمتها، فلم يكن عائداً في ذلك حتى يفعل ما زعم حرمته، وهو الوطء؛ فإن العودَ المخالفةُ، كمن حلف أن لا يطأ امرأته، لم تجب عليه كفارة اليمين حتى يخالف فيطأها.

ووجه أنه العزم على الإمساك: أنه إنما قصد بالظهار تحريمها على نفسه، فكفى في عوده أن يأتي بما يبطل ما قصده، وذلك بالعزم على إمساكها؛ لأنه لم يخرجها من عصمته فيحتاج إلى شيء زائد عليه. وأما الوطء فليس شرطاً، وإلا لامتنع على العاجز عنه كالمجبوب والعنين، إذا ظاهر من امرأته أن يجد سبيلاً إليها، وذلك لا يجوز لأن قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾ [المجادلة: ٣] عام لجميع الأزواج. ولأن الله أوجب الكفارة بعد العود قبل التماس، وما حرم قبل الكفارة لم يجز أن يكون متقدماً عليها وشرطاً في وجوبها.

ووجه أنه العزم على الإمساك مع الوطء: أنه لما حرمها على نفسه بظهاره، اقتضى ذلك تحريماً في شيئين: الإمساك والوطء، فوجب أن لا يكون عائداً حتى يأتي بما ينافي اعتقاده فيهما معاً، وذلك بالعزم على الإمساك مع الوطء. =

وَمَنْ تَظَاهَرَ مِنِ امْرَأَتِهِ، ثُمَّ مَسَّهَا قَبْلَ أَنْ يُكَفِّرَ، لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، وَيَكُفُّ عَنْهَا حَتَّى يُكَفِّرَ، وَلْيَسْتَغْفِرِ اللهَ.

وخِصالُ كفَّارةِ الظِّهارِ كخِصالِ كفَّارةِ الصِّيامِ في جِنْسِها وقدْرِها، وتنفردُ عنها باشتراطِ التَّرتيبِ فيها(١)؛ فلا يَصُومُ حتَّى يعجَزَ

= ووجه المعتمد: ما رواه الطبري أن أوس بن الصامت لما ظاهر من امرأته خولة بنت ثعلبة، وأراد أن يغشاها، أمره رسول الله ﷺ أن يكفِّر قبل ذلك. فدل على أن العزم على الوطء هو العود. وأيضاً فإن قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ يدل على أنه أراد أن يمسها بعدما تظاهر منها، فكان ذلك عوداً منه في ظهاره، ومنع منه حتى يكفِّر. ولأنه بالظهار عازم على تحريم الوطء، فاقتضى أن يكون العودُ فيه العزم على فعل الوطء؛ لأن العود هو الرجوع عن الشيء إلى ضده.

● فرع:

لا يصح تقديم الكفارة على العود.

(١) لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝٣ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۖ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًاۚ ذَٰلِكَ لِتُؤْمِنُواْ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦۚ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِۗ وَلِلْكَٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [المجادلة: ٣ ـ ٤]. فبينت الآيتان خصال الكفارة وشرطية الترتيب بينها. ولا يجزئ التلفيق بين بعضي خصلتين، كإطعام ثلاثين مسكيناً وصيام شهر، كالتلفيق في سائر الكفارات، فإنه غير مجزئ.

وصفة الرقبة كصفتها المنعوتة في كفارة الصيام واليمين، فيشترط فيها الإيمان؛ لقول النبي ﷺ لمعاوية بن الحكم السلمي لما استفتاه في عتق جاريته: «**أَعْتِقْهَا فَإِنَّهَا مُؤْمِنَةٌ**». أخرجه مسلم. فدل ذلك على أن الإيمان شرط في الإجزاء في التكفير بالعتق. ولأن الرق سببه الكفر؛ لأن الإنسان الحر لا يجوز استرقاقه إلا إذا كان كافراً وأسر في الحرب، وما كان سبباً في الرق لم يكن سبباً في التحرير منه. والله أعلم. =

عن العتقِ، ولا يُطعِمُ حتَّى يعجَزَ عن الصِّيامِ. وينقطِعُ التتابعُ في الصِّيامِ، بوطْءِ المظاهَرِ منها ليلاً أو نهاراً، في أثناءِ الشَّهريْنِ، ولو في اليومِ الأخيرِ أو ليلتِه، ويجبُ الاستئنافُ، ولا ينقطِعُ بعذرٍ من مرضٍ أو نسيانٍ.

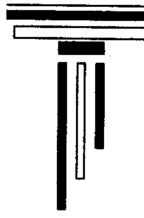
* * *

= وجنس الطعام كجنسه في صدقة الفطر. وقدره مدٌّ لكل مسكين بالمد الذي حدده هشام (أمير المدينة المنورة في خلافة عبد الملك بن مروان). وهو: مد وثلثان بالمد النبوي على المشهور، فيساوي: ٧١٨ غرام من القمح، أو: ٠,٨٥٣ لتر.

• **ملاحظة:**

ذكر في «الشرح الصغير» أنه لا يعدل عن القمح إلا أن يكون قوتُهم غيرَه. فإن كان كذلك ـ كالأرز ـ فإن الواجب إطعام ما يعادل القدر المذكور شبعاً لا كيلاً. وقال الباجي: كيلاً. ومعنى الأول: أنه إذا كان الشبع يحصل بمد وثلثين قمحاً، مثلاً، ويحصل بثلاثة أمداد أرزاً، وجب عليه في التكفير بالأرز ثلاثة أمداد.





باب اللِّعان(١)

يُشرعُ اللِّعانُ لأمرَيْنِ:

أحدُهما: رمْيُ الزَّوْج امْرَأَتَهُ بالزِّنَى(٢). **والثاني**: نفيُ نسبِ

(١) **اللعان**: على وزن فِعال ـ كالملاعنة ـ مصدر لاعن فلان فلاناً يلاعنه، إذا لعن أحدهما الآخر على سبيل المقابلة. ومعناه في الشرع: أيمانٌ يحلفها الزوجان بأمر الحاكم وبمحضر جمع من المسلمين، لأجل دعوى الزوج الزنى على الزوجة، أو نفي نسب حملها أو ولدها عن نفسه. ودليل مشروعيته من الكتاب العزيز قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ...﴾ الآيات [النور: ٦ ـ ٩]. ولاعن رسول الله ﷺ بين عويمر العجلاني وبين امرأته، وبين هلال بن أمية وبين امرأته.

فاللعان مشروع لحفظ الأنساب ودفع المعرة عن الأزواج. ومناسبة إدراجه في آثار النكاح: أنه سبب طارئ على العقد يوجب فرقة مؤبدة فيه، ونفي نسب الولد عن الزوج أيضاً.

(٢) بأن يدعي رؤية الزنى منها، أو العلم به إن كان أعمى، فإن ادعى أنه رآها مع رجل متضاجعين، أو متجردين في لحاف، وما أشبه ذلك، فلا يكفي لالتعانه، ولا يوجب عليه حدّاً؛ لأنه لم يدعِ الزنى. وكذلك لا يكفي في التعانه أن يدعي أنها زنت، دون أن يقرن دعواه برؤيته إياها تزني؛ لأنه يحتمل أن يكون إخباراً عما سمع من غيره، أو عن إقرارها له بذلك، أو عن زنى وقع قبل قيام الزوجية بينهما؛ لأنه إذا أضاف رؤية الزنى إلى وقت سابق على تاريخ زواجه منها، فليس له الملاعنة؛ لأنها لم تكن يومئذ زوجة له، ويُجلد حدَّ =

الحمْلِ، أو الولَدِ، عن نفسِهِ. وقد يلاعِنُ للأمريْنِ معاً(١).

وكلُّ زوجٍ يَصِحُّ منه اللِّعانُ، إذا كان مُسلماً، بالِغاً، عاقِلاً، عدْلاً أوْ فاسِقاً(٢)، بصيراً أو أعْمَى، ناطقاً أو أخرَسَ؛ إذا لاعن بما يُفهَم من إشارةٍ أو كتابةٍ.

= القذف، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤].

(١) أما اللعان برؤية الزنى، أو بالرؤية مع نفي النسب، فدلت على مشروعيته ظواهر القرآن والسنة، ومن ذلك حديث ابن عمر؛ أن رجلاً لاعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ، وانتفى من ولدها، ففرق رسول الله ﷺ بينهما، وألحق الولد بالمرأة. أخرجه مالك والشيخان.

وأما اللعان بمجرد نفي النسب من الحمل أو الولد، فلأن ضرورة الزوج إلى نفي الولد أشد من ضرورته إلى قذفها، فإن به حاجة إلى أن يدفع عن نفسه نسباً يعلم أنه ليس منه، وليس به ضرورة إلى القذف؛ بدليل أن الدعوى به قد تكون من الأجنبي ولا ضرورة به إليها. ولأن النسب والعرض على مرتبة واحدة من الرعاية في مقاصد الشريعة، فإذا جاز اللعان لأجل حفظ العرض، فليجز لأجل حفظ صنوه وهو النسب.

إذا ثبت هذا، فيجوز اللعان بنفي الحمل من غير حاجة إلى انتظار الوضع في مشهور المذهب. ودليله من السنة حديث ابن عباس: أن النبي ﷺ لاعن بين هلال بن أمية وبين زوجته، وكانت حاملاً، ونَفَى الحملَ. أخرجه الشيخان.

(٢) لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ ...﴾ الآية. ولم يفرق بين عدل وفاسق، ولا بين أخرس وناطق، ولا بين أعمى وبصير. ولأن بالزوج حاجة إلى دفع معرة الزنى عن نفسه، وكذا ما أدخلت عليه الزوجة من نسب غيره، ويستوي في هذا جميع الأزواج. ولأن أيمان اللعان ليست شهادة؛ بدليل قول النبي ﷺ: **«لَوْلَا الأَيْمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ»**. فسماها أيماناً، واليمين تكون من الفاسق كما تكون من العدل.

ولا لِعانَ في القذْفِ بالزِّنى، إذا كانت الزَّوْجةُ مِمَّنْ لا يُحدُّ قاذفُها، كالأَمَةِ والكتابِيَّةِ. وله الملاعَنَةُ في نفْي نسَبِ الحمْلِ أو الولدِ منهما فقطْ.

وشرْطُ صحَّةِ الدَّعوى باللِّعانِ لِنفْيِ النَّسبِ: عدمُ تناقُضِها مع تصرفِ الزَّوْجِ[(١)]، أو مع الواقِعِ[(٢)]. ويُشترطُ اسْتِبْرَاؤُها بعد الرؤيةِ، وإلَّا كان قاذفاً بتركِ الاسْتِبْرَاءِ[(٣)]، ولا يكفي العزْلُ، ولا يُعتمدُ في

---

(١) مثل أن يقبل التهنئة بالمولود، أو يرى الحمل ظاهراً، فيسكت شهراً كاملاً أو حتى تضعه، أو تقوم بينة عليه أنه رآه أو علم بالولادة، ومضى عليه يوم أو يومان من غير أن ينكره، من غير عذر يمنعه المبادرة. وكذلك إذا ثبت أنه أقرّ به، ثم نفاه، لم ينفعه نفيه، ويلحق به وتبقى امرأته زوجة له، كانت مسلمة أو كتابية، ويحد للمسلمة دون الكتابية.

(٢) كولادتها لأقل من ستة أشهر - وهي أقل مدة الحمل - من يوم رؤيته إياها تزني، فإن ذلك دليل على وجود الحمل قبل اليوم الذي زعم أنه رآها تزني فيه، واستند في نفي الحمل إليه. وعلى العكس من ذلك؛ إذا قال: لم أصبها من يوم كذا، فوضعت حملها بعد ذلك اليوم بمدة تزيد على أقصى مُدَد الحمل (خمس سنين). أو قال: لم أصبها منذ العقد، أو منذ الولادة السابقة إلا في يوم كذا، فتضع مولوداً بعد ذلك اليوم لأقل من ستة أشهر؛ فإن ذلك كله يؤيد دعواه ولا ينافيها.

(٣) وجملة القول في ذلك: أن الزوج إذا قذف امرأته بالزنى، وأضاف ذلك إلى تاريخ معين، أو نفى حملها أو ولدها، فإنه لا يخلو أن يكون لم يمسسها قط من يوم العقد إلى يوم الدعوى، فله اللعان بالزنى وبنفي نسب الحمل والولد. أو يكون قد مسها في الجملة، فيُنظَر؛ فإن كان ذلك بعد الرؤية التي زعمها، أو علْمِه بالحمل الذي أنكره، ولم يستبرئها، فليس له الالتعان؛ لأن استمراره في الوطء يناقض دعواه. أو لم يصبها حتى استبرأها، فله الملاعنة. =

نفْيِ الولَدِ على مجرَّدِ مُشابهةِ غيرِه في اللَّونِ أو الخَلْقِ(١).

فإذا صحَّتِ الدَّعوى، أُوقِفَ الزَّوْجانِ معاً للتلاعُن بمكانٍ مُعظَّمٍ كالمسْجِدِ بعد صلاةٍ، ومَشهدِ جمْعٍ من المُسْلمينَ(٢). فيلتعنُ

= والاستبراء يكون بحيضة واحدة في رواية ابن القاسم؛ لأنه مقصود لتحقق نفي الحمل، فكفت فيه واحدة، كاستبراء الإماء. وقيل: ثلاث، وهو رواية ابن الماجشون. ووجهها: أنه استبراء لامرأة حرة، فاعتبر فيه عدد الأقراء كالعدة.

(١) لحديث أبي هريرة قال: جاء رجل من بني فزارة إلى رسول الله ﷺ، فقال: ولدت امرأتي غلاماً أسود، وهو حينئذ يعرِّض بأن ينفيه، فقال له النبي ﷺ: «**هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ؟**» قال: نعم. قال: «**فَمَا أَلْوَانُهَا؟**» قال: حمر. قال: «**هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقَ؟**» قال: إن فيها لوُرْقاً. قال: «**فَأَنَّى أَتَاهَا ذَلِكَ؟**» قال: عسى أن يكون نزعه عرق. قال: «**وَهَذَا عَسَى أَنْ يَكُونَ نَزَعَهُ عِرْقٌ!**». ولم يرخص له في الانتفاء منه. أخرجه الشيخان، وهذا لفظ مسلم في بعض طرقه.

(٢) وجملة ذلك أن أيمان اللعان تغلظ بثلاثة أمور:

الأول: التغليظ بالمكان، وذلك يكون في المسجد. وهو واجب؛ لحديث سهل بن سعد: أن رجلاً قال: يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله؟ فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد. اختصره البخاري بهذا اللفظ، وأصله في «الموطأ» و«الصحيحين». ووجه الدليل منه أن فعله ﷺ يقع بياناً لصفة اللعان التي أمر بها القرآن، فوجب أن يكون واجباً كمبيِّنه.

وأما الكتابية فإنها تلاعن في موضع عبادتها من البيع والكنائس؛ لأنه المكان الذي تعظمه.

الثاني: التغليظ بالزمان، وهو مستحب ليس بواجب، ويكون ذلك بعد صلاة، والأولى بعد صلاة العصر؛ لقوله تعالى: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَوٰةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾ [المائدة: ١٠٦]. وأجمع المفسرون أن المراد بها صلاة العصر. =

الزَّوْجُ أولاً[(١)]؛ بأربع أيمانٍ مُصدِّقةٍ، وخَامسةٍ موجِبَة للَّعْنَةِ. وصيغتُه في الأرْبعِ: أشهدُ باللهِ لَرأيتُها تَزْني. ويَقُولُ في الخامسةِ: لعنةُ اللهِ عليهِ إن كان من الكاذِبينَ. ثُمَّ تلتعنُ هِيَ بأربعِ أيمانٍ مُكذِّبةٍ، وخامسةٍ موجِبَةٍ لغضبِ الله، فتقولُ في الأَرْبعِ: أشهدُ باللهِ ما رَآنِي أزْنِي. وتَقُولُ في الخامِسةِ: غضبُ اللهِ عليْهَا إن كان من الصَّادِقِينَ[(٢)].

وبتمامِ لعانِ الزَّوْجِ، يُدْرأُ عنه حَدُّ القَذْفِ، وينتفِي عنه النَّسبُ، فإن أكذبَ نفسَه بعد ذلك، أو استَلْحقَ الولدَ، لحِقَه نسبُه، ولزمَهُ حدُّ القذْفِ للمُسْلمةِ. وبتمامِ التعانِ الزَّوْجةِ يُدرأُ عنها حدُّ الزِّنى، وتقعُ

= **الثالث**: التغليظ بحضور جماعة من المسلمين لا تقل عن أربعة. وهو واجب؛ لأن النبي ﷺ فعله كذلك، حتى حضره ابن عمر وابن عباس وسهل بن سعد، وكانوا يومئذ صغاراً.

(١) وهو شرط في صحة اللعان؛ لأن الله بدأ به في كتابه بقوله: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٦]. ودلت السنة على ذلك أيضاً.

(٢) وهذا مذهب «المدونة». وهناك من فصل تفصيلاً حسناً، فقال: يقول في التعان القذف: لرأيتُها تزني كالمِرْود في المُكْحلة. ويقول في نفي النسب: ما هذا الحمْلُ مني، أو: ما هذا الولد مني. ويقول فيهما معاً: لقد رأيتها تزني، وما هذا الحمل مني. وتقول هي في الأول: ما زنيتُ، أو: ما رآني أزني. وفي الثاني: إن هذا الحمْل لَمِنْه، أو: إن هذا الولد لَمِنْه. وفي الثالث: ما رآني أزني، وإن هذا الحمل لَمِنْه.

فإن كانت اغتُصبتْ نفسها، التعنت بإثبات الولد إن نفاه، وبأنها لم تزْنِ، أو أنها زنتْ مكرَهةً. وهذا التفصيل أحسن، وبعضه في «الموازية»، ونقل بعضه ابن شاس وبعضه ابن الحاجب.

الفرقةُ المؤبَّدةُ بَيْنَهما[١]، من غيرِ حاجةٍ إلى طلاقٍ، ولا حُكْمِ حاكمٍ به[٢]. فلا يحلُّ له إمساكُها، ولو تَرَاضَيا، أو أكذبَ نفسَه، أو صدَّقتْهُ بعْدَ ذلك.

فإذا نكَلَ الزَّوْجُ عن الالتعانِ في الزِّنَى، وجبَ عليْهِ حَدُّ القذْفِ[٣]، إلَّا أن تُصادقَهُ، فتُحدُّ هي فقَطْ؛ لإقْرارِها بالزِّنَى. وإذا نكَلَ في نفْيِ النَّسبِ، لحِقَ بِهِ، ولو صادقَتْهُ الزَّوْجةُ على النَّفْيِ[٤]،

---

(١) فأما درء الحد عنها بتمام لعانها؛ فلقوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ [النور: ٨]. أي: يرتفع عنها العذاب الذي وجب بالتعان الزوج، إذا هي شهدت أربع شهادات... إلخ. وأما تأبد الفرقة بينهما؛ فلقوله ﷺ للمتلاعنين: «**حِسَابُكُمَا عَلَى اللهِ، أَحَدُكُمَا كَاذِبٌ، لَا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا**». أخرجه الشيخان عن ابن عمر. وقال مالك في «الموطأ»: السنة عندنا أن المتلاعنين لا يتناكحان أبداً، وإن أكذب نفسه جُلد الحدَّ وألحق به الولد، ولم ترجع إليه أبداً. قال: وعلى هذا السنة عندنا التي لا شك فيها ولا اختلاف. اهـ.

(٢) لأنها فرقة وجبت باللعان، فاستغنت عن حكم خاص بها، ولأنها فرقة تقتضي تحريماً مؤبداً، فلم تفتقر إلى حكم حاكم كالفرقة الواقعة بتحريم الرضاع والمصاهرة. قاله الباجي في «المنتقى».

(٣) لأنه قاذفٌ لها؛ لا تبرئه إلا الأيمان التي جعلها الله له مخرجاً بقوله: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾، كما لا يبرئ غيره من القاذفين إلا الإتيان بالشهداء، فلما نكل عن الأيمان استوجب الحدَّ، كعجز غيره عن الإتيان بالشهداء.

(٤) وقال ابن القاسم في «المدونة»: إذا صادقته على النفي انتفى، ورواه عن مالك والليث. وما ذكرناه في المتن هو المعتمد، قال سحنون: وقال أكثر الرواة عن مالك: إنه لا ينفيه إلا اللعان، ولا يخرجه من الفراش =

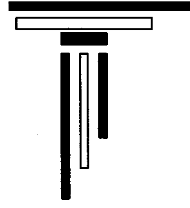
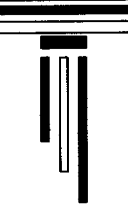
وعليها حدُّ الزِّنَى بالمُصَادقةِ؛ لتضَمُّنِهِ الإقرارَ بهِ. وإذا نكَلَتِ الزَّوْجةُ عن الالتعانِ، وجبَ عليها حدُّ الزِّنَى[1].

* * *

= المعروف والعصبة والعشيرة إلا اللعان. اهـ. والحجة عليه من السنة قول النبي ﷺ: «**الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ**». أخرجه الشيخان عن أبي هريرة. **الفراش**: كناية عن الزوجة. **للعاهر الحجر**: للزاني الرجم. ومعنى الحديث: الولد منسوب لصاحب الفراش؛ وذلك أن المرأة ما دامت متزوجة فهي فراش لزوجها، فما من مولود يولد لهما، فهو لزوجها وليس لغيره. فثبت بذلك أن الولد مستحِقٌّ للنسب من أبيه حتى ينفيه باللعان.

(١) لقول الله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ﴾ الآية [النور: ٨]. **والعذاب**: الحد، لقوله تعالى في جلد الزانيين: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢]. وذلك أن الزوج أثبت عليها الزنى بالتعانه، وخرج بذلك من كونه قاذفاً لها، وقد جعل الله لها مخرجاً برد قوله، فإذا تركته فقد استوجبت الحدَّ.



باب النفقات

تجبُ على المسلمِ نفَقَةُ غيرِه بثلاثةِ أسبابٍ: بالزَّوْجيةِ، والقرابةِ، والمِلكِ.

فَصْلٌ
في النفقة الزوجية

يجبُ على الزَّوْجِ الإنفاقُ على زوجتِهِ من حينِ دخوله بها، أو دعاءِ أهلِها إلى ذلك[١]، إلى أن يُفرِّقَ بينهُما موتٌ أو طَلاقٌ بائِنٌ[٢].

---

(١) الأصل في وجوب نفقة الزوجة على زوجها قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧]. **قُدِر عليه**: ضُيق عليه، وقوله في المسكن: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]. وقوله ﷺ: «**وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**». أخرجه مسلم عن جابر. وقضى النبي ﷺ لهند بنت عتبة بنفقتها ونفقة ولدها، ما يكفيهم بالمعروف من مال زوجها أبي سفيان. أخرجه الشيخان عن عائشة. وأجمع العلماء على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن، إذا كانوا بالغين، إلا الناشز منهن. ذكره ابن المنذر.

(٢) فتجب النفقة للمعتدة من طلاق رجعي؛ لاستمرار حكم الزوجية عليها إلى نهاية العدة، ولا خلاف في ذلك بين العلماء. ولا نفقة للمعتدة من وفاة؛ لأن النفقة مستحقة بالزوجية وقد انقطعت بالموت. ولا من طلاق بائن؛ لانقطاع الزوجية به، وعلى ذلك دلت السنة، قال ابن عبد البر في «التمهيد»: أما النفقة للمبتوتة ففيه نص ثابت عن النبي ﷺ؛ أنها لا نفقة لها، وذلك =

وهي غيرُ مقدَّرةٍ بقدْرٍ معلومٍ، وإنما يُرجعُ فيه إلى المتعارَفِ بَيْنَ الناسِ، فيُفرضُ لها كِفايتُها في المأْكلِ والمشْربِ والملْبسِ،

= قوله ﷺ لفاطمة بنت قيس: «لَيْسَ لَكِ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ» من حديث مالك وغيره، فلا معنى لما خالفه. اهـ.

وإذا كانت المعتدة حاملاً، فلها النفقة من أجل حملها؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. ولأن الجنين يتغذى بوساطتها ومن بدنها، ونفقته واجبة على أبيه، فلزم من ذلك أن يكون ما لا بد منه في وصول الغذاء إليه، واجباً عليه. ولما كان البدن لا يصلح بالمأكل وحده، وجب لها مع ذلك الملبس والمسكن، على نحو ما كان يجب قبل الطلاق.

وإذا طلقها طلاقاً بائناً وهي حامل ومرضع، استحقت عليه نفقة لأجل حملها، ونفقة أخرى لأجل رضاعها؛ لأنه سبب آخر، غير أن نفقة الرضاع تجري مجرى الأجرة؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فتقدر بما يتراضيان عليه، وإلا كان لها أجرة مثلها من المرضعات.

وإنما تستحق الحامل النفقة في عدة الطلاق دون عدة الوفاة، فمن توفي عنها زوجها وهي حامل لم يكن لها في ماله من نفقتها شيء، وأما السكنى فإنها مستحقة لها لأجل حفظ نسبه، ولذلك تستحقها بالاستبراء من النكاح الفاسد. وهذا قول جابر بن عبد الله وابن عباس من الصحابة، وسعيد بن المسيب وعطاء والحسن وعكرمة من التابعين. والحجة لهم: أنهم أجمعوا على أن نفقة كل من كان يجبر على نفقته وهو حي، مثل أولاده الصغار وزوجته غير الحامل ووالديه، تسقط عنه بالموت، فكذلك يجب أن تسقط عنه نفقة الحامل من أزواجه.

ولأن نفقة الحمل ليست بدين ثابت فتتعلق بماله بعد موته، بدليل أنها تسقط عنه بالإعسار، فبأن تسقط بالموت أولى وأحرى.

والخِدْمةِ، والمسْكَنِ وفرْشِهِ، بِقدْرِ حالِها من الغِنى والفقْرِ، وحالِ الزَّوْجِ من العُسْرِ واليُسْرِ(١).

وليستْ نفقةُ العِلاجِ، كالفَحصِ والتشخيصِ والدَّواءِ والجراحَةِ، بواجبةٍ على الزَّوْجِ(٢).

---

(١) وحاصل هذا أن النفقة معتبرة في جنسها وقدرها بأمرين:

الأول: مراعاة عرف البلد فيما يجب من المأكل والمشرب والملبس، سواء في النوع أو في القدر. لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وقوله: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩]، ولما سبق في حديثي جابر وعائشة ﵄: أن النبي ﷺ رد النفقة إلى المعروف. وترجم البخاري على قضية هند في كتاب البيوع: باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم... إلخ.

والثاني: مراعاة حال الزوج والزوجة؛ لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا﴾ [الطلاق: ٧]، ففيه دليل على مراعاة حال الزوج. وقال النبي ﷺ لهند: «**خُذِي مَا يَكْفِيكِ**» فراعى كفايتها، ومعلوم أن كفاية كل امرأة تقدر بحالها.

فعلى هذا؛ إن كان هو موسراً وهي من بيوت الأغنياء، وجب عليه نفقة الأغنياء، فإن كانت من بيوت الفقراء، وجب عليه نفقة فوق نفقة الفقراء ودون نفقة الأغنياء. وإن كان هو فقيراً وهي من بيوت الأغنياء، وجبت نفقة فوق نفقة الفقراء بقدر ما يستطيع. قال ابن شاس: قال مالك ﵀: والاعتبار في النفقات بقدر حال المرأة وحال الزوج في يسر أو إعسار، ولها من النفقة ما يكفيها. اهـ.

(٢) لأن العلاج يراد لإصلاح البدن، فلم تكن نفقاته واجبةً على الزوج، كمستأجر الدار لا يجب عليه بناء ما ينهدم منها. وأما نفقات الولادة فهي على الزوج لما فيها من المصلحة للولد. قال أبو بكر الوقار في «مختصره» فيما نقله الحطاب عنه: على الرجل أن يقوم بجميع مصلحة زوجته عند ولادتها. =

....

= وهذه المسألة مما استأنف الاجتهادَ فيها بعضُ أهل العصر من المصنفين والمفتين، وزعم بعضهم أن المداواة لم تكن في الماضي حاجة أساسية، وأن اجتهاد الفقهاء مبني على عرف قائم في عصرهم، وأما في عصرنا فأصبحت الحاجة إلى العلاج كالحاجة إلى الطعام والغذاء، فأوجبوها على الزوج لأجل ذلك. وأوهم بعضهم أن من العلماء المتقدمين من قال بذلك، دون أن يسموا عالماً واحداً. وعثر آخرون على ما نقله بعض المصنفين عن عبد الله بن عبد الحكم من علمائنا؛ أنه قال به، فسددوه وعضوا عليه بالنواجذ، بغير دليل يسلم به أهل العلم.

لذلك رأيت أن أبسط الكلام في نصرة ما ذهب إليه الأئمة المتقدمون رحمهم الله تعالى، **فقلت**:

إن ما وجب من مسميات النفقة الواجبة للزوجة، مما لا خلاف فيه، يجتمع فيه وصفان؛ **أحدهما**: وجود حاجة لا بد منها في قيام البدن. **والثاني**: أن هذه الحاجة مستمرة ومنضبطة. وهذان الوصفان موجودان في المأكل والمشرب والمسكن والملبس، والزينة التي تستضر الزوجة بتركها، كالكحل إذا اعتادته حتى صارت تستضر بتركه، على ما يأتي. فجاز تعليق فرض النفقة بهذه المسميات؛ لما بالمرأة من الحاجة المستمرة المنضبطة في قيام بدنها. أما العلاج من المرض فهو حاجة طارئة لا تنضبط، فنفقته لا تلزم الزوج، إلا في أجرة القابلة عند الولادة؛ فتجب عليه لأن السبب منه والولد له. ولهذا المعنى يتجه أن يقال: إن كل مصروفات الولادة التي جرت بها العادة الآن، تجب على الزوج.

ولأن علاج الزوجة مما يصيبها من مرض، يشبه في الحكم رمَّ الدار المكتراة إذا تهدم منها شيء أو تهشم. يبينه: أن عقد النكاح لا يملك به الزوج عين زوجته، وإنما يملك منفعة بضعها، فأشبه عقد الإجارة من هذا الوجه. ولما أجمع العلماء على أن العين المُؤْجرة (ولا يصح: المؤَجَّرة) مضمونة على مالكها دون مستأجرها، قالوا: لا يلزم مكتري الدار رمُّ ما تهدم =

....

= منها، وحفظُ أصولها، واشتراط ذلك عليه يبطل العقد. وإنما عليه نظافتها وكنس مرحاضها وما أشبه ذلك مما يحافظ على سلامتها. ونفقة المرأة التي تسد حاجتها المعتادة التي لا بد لها منها، بمنزلة نظافة الدار، وعلاجُها بمنزلة المرمَّة (يقال: رَمَّ الشيء يَرِمُّه ويَرُمُّه رَمّاً ومَرَمَّةً، يعني: أصْلَحَه. ولا يقال: رمَّم يُرمِّم ترميماً).

ولأن من شرط الوجوب التعيين والتقدير، فما لا يتعين ولا يتقدر كيف يتعلق به الوجوب، وكيف يقضى به على الإنسان؟ والنفقة الواجبة التي تحتاج إليها المرأة في مجاري العادات، مما يتعين ويتقدر، فلذلك نجدها في المصنفات الفقهية، مفصلة في مسمياتها في المأكل والملبس والمسكن، ومحددة إما بمقادير مسماة لا تختلف، كمقادير صدقة الفطر كما عند الشافعية، وإما بما جرى به العرف كما عند المالكية وغيرهم.

أما العلاج من المرض فلا يتقدر، فالقضاء به على الزوج غرر في عقد النكاح، فالاستناد إلى جريان العرف به، لا يصلح لإثباته في الشرع. أرأيت لو أنه حدث بها صبيحة دخوله بها، مرض يحتاج في علاجه إلى خمسمئة ألف دينار، أيقضى على الزوج بذلك إذا طلبت المرأة العلاج، ولو أتى ذلك المبلغ على جميع ما يملك؟ فإن قلت: ليست الأمراض الباهظة في نفقة علاجها مما يقضى به على الزوج، كنت مفرقاً بين ما لا يفترق، وإلا كان عليك إبداء ضابط للفرق بين العلاج الذي يقضى به على الزوج، والذي لا يقضى به عليه.

ويقال أيضاً: أرأيت لو أنك قضيت على الزوج بنفقة علاج زوجته، فأعجزه مبلغها عن النفقة المعتادة لزوجات له أخريات، فاستحققن عليه التطليق الجبري بالعسر بالنفقة، فتكونُ بذلك قد جعلت نفقة إحدى الزوجات، سبباً في فراق غيرها، فعلى أي أصل تحمل هذا؟.

ويقال أيضاً: أرأيت لو مرضت فقضيت عليه بنفقة علاجها، واحتاج ذلك إلى مهلة من الزمن، فطلقها فبت طلاقها في أثناء المدة، فإن قلت: =

....

= إن ما بقي من نفقة العلاج يسقط بطلاقها، فقد أسقطت واجباً بعد انعقاد سببه، وإن قلت: تلزمه حتى تبرأ من مرضها، فقد أوجبت عليه إصلاح بدنها وهي يومئذ ليست له بزوجة، فعلى أي أصل تحمل هذا؟ فإن قلت: أحمله على وجوب نفقتها إذا طلقها وهي حامل، فجوابه: أن نفقة الحامل واجبة لحق الولد، وهو سبب انعقد من جهته.

ورام قوم أن يدخلوا نفقة العلاج في عموم النصوص المثبتة لأصل النفقة، كقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وقوله ﷺ: «**وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**» وقوله لهند بنت عتبة: «**خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ**». ولا تدخل فيها عند التأمل والنظر. فإن قيل: إن العلاج يدخل في معنى الرزق، فهو استخفاف بدلالة اللغة وتوسيع لها بغير دليل. وإن قيل: إن قوله: «**بالمعروف**» إحالة على العرف في تفسير معنى النفقة، ولكل زمانٍ عرفُه، فهو استدلال غير مسلم؛ فإن ذلك في قدر النفقة لا في أنواعها؛ أي: لهن من الرزق والكسوة بالقدر الذي يقتضيه العرف، وهو ما احتج به الجمهور على الشافعية. ولو كان إحالة على العرف في أنواع النفقة، لقال: ولهن عليكم ما يَحْتجن إليه بالمعروف، ولم يسم كسوة ولا رزقاً.

فبان بهذا أن الزوجة إذا مرضت لا يقضى بعلاجها على زوجها عند التشاح، كما يقول الأئمة المتقدمون، وبعبارة معاصرة: عقد النكاح لا يتضمن التأمين الصحي للزوجة على زوجها، بل ذكر أبو بكر الخصاف في كتابه «النفقات» خلافاً بين أصحاب أبي حنيفة في سقوط نفقة الزوجة على زوجها، إذا هي مرضت مرضاً يمنعه من الاستمتاع بها.

وكون نفقة العلاج غير لازمة بالشرع، لا ينافي أنها من مكارم الأخلاق والمعاشرة بالمعروف، كالتوسيع عليها في الملبس والزينة فوق الحد الذي يلزمه بالشرع، توسيعاً تتجمل به له وفي المناسبات من الأعياد والأفراح، ولا يشح بها إلا اللئام من الأزواج، ولا سيما أن ما ينفق الرجل على امرأته يثاب عليه ثواب الصدقات، سواء كان فرضاً أو فضلاً. والله أعلم. =

ولا تَسقُطُ النفقةُ باشتراطِ إسقاطِها في العَقْدِ[1]، ولا بإبرائِها إيَّاه منها، فيما يُستقبلُ من الزَّمانِ، فلها الرُّجُوعُ في ذلك مَتَى شاءتْ[2].

= • فرع في زينة الزوجة:

وأما الزينة، فإن منها ما تحتاج إليه المرأة وتستضر بتركها كالكحل والخضاب، وما تمتشط به، فيجب على الزوج قدر حاجتها من ذلك؛ لأنه يجب عليه القيام بضرورياتها التي لا غنى لها عنها، ومنها ما زاد على ذلك من نحو الأصبغة والعطور، فلا يلزمه شراؤه؛ لأنه يراد للزينة دون النظافة.

(١) بل اشتراط ذلك عليها مفسد للعقد، كاشتراطها عليه النفقة على أبيها أو أمها أو ولدها من غيره. فإذا دخل بها على الشرط الفاسد، ألغي المهر المسمى لحصول الخلل فيه بالشرط الفاسد، ووجب لها مهر أمثالها من النساء. كما سبق ذلك في الشروط في النكاح.

(٢) ويبين ذلك: أن النفقة إنما تجب للزوجة على وجائب متوافقة مع حاله في المكسب، فإذا كان عاملاً أو موظفاً أو معلماً، يقبض مرتبه كل شهر، وجبت لها النفقة على حساب الشهور. وإذا كان من التجار وذوي المهن الحرة كالأطباء المستقلين بعياداتهم، والمحامين، والمهندسين، جعلت عليهم النفقة على رؤوس الأسابيع أو الشهور أو أنصافها، حسب مكاسبهم. وإذا كان من الفلاحين الذين يقبضون مكاسبهم من محاصيل في موسم واحد من السنة، جعلت عليهم النفقة على حساب الأعوام. فإذا كانت نفقتها وجيبة شهرية، وجبت لها في أوله، فلها أن تبرئه منها بعد وجوبها، كما لو وجب لها عليه دين من صداق أو غيره، فلها أن تبرئه منه بعد وجوبه لا قبل ذلك؛ لأن الإبراء إسقاط وذلك بعد الوجوب. فإن أبرأته إبراء مطلقاً في المستقبل، لم يلزمها إلا في الشهر الأول؛ لأن ما زاد عليه لم يجب بعد فلم يلزم فيه الإبراء. فمن هذا الوجه قلنا: إذا أسقطت عنه نفقتها في المستقبل كان لها الرجوع متى شاءت. ومثل ذلك إذا وهبت نوبتها لضرتها أو لزوجها، =

وتسقُطُ بنشوزِها، ولا تعُودُ حتَّى ترجعَ عمَّا نشزَتْ به من الأسبابِ[(١)].

وإذا أعسَرَ الزَّوْجُ بالنَّفقةِ، فلها طلبُ الفراقِ بمُرافعتِهِ إلى الحاكمِ، فإن أثْبَتَ عُسْرَه، أنظرَهُ مُدةً[(٢)] ثُمَّ أمَرَهُ بالطَّلاقِ، فإن أبى، طلَّقَ عليه واحدةً يَمْلِكُ فيها الرَّجعةَ، بشرطِ إثباتِ تغيُّرِ حالِهِ قَبْلَ المُراجعةِ[(٣)].

= لم يلزمها ذلك في المستقبل وكان لها الرجوع متى شاءت. ومن الشيوخ من رأى أن ذلك يلزمها في المسألتين؛ لانعقاد سببه الذي هو النكاح. وله نظائر، كإسقاط حق الشفعة، والإبراء من سراية الجراحة، فرقوا فيها بين إسقاط الحق بعد انعقاد سببه، فرأوه لازماً وإن لم يجب لصاحبه، وبين إسقاطه قبل ذلك فلم يروه لازماً. والله أعلم.

(١) **النشوز**: الخروج عن طاعة الزوج، ويكون بالقول أو بالفعل. ومن ذلك منع نفسها من الإجابة للفراش، والخروج بغير إذنه على وجه لا يقدر معه على ردِّها، فإن قدر على ردها فلا تسقط؛ لأن عليه أن يردها.

(٢) وهي غير محددة على المشهور، وإنما يرجع تحديدها لاجتهاد الحاكم. وإنما يُمهل مدةً بعد إثبات عسره، لتوقع تحسن حاله فيها.

(٣) ودليل ثبوت حق التطليق للزوجة بإعسار زوجها بنفقتها، قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾ [البقرة: ٢٣١]. وإمساكها على غير نفقة ضرار لها، وقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. وإمساكها على الجوع والعري ليس إمساكاً بمعروف، فتعين التسريح بإحسان، ولأن من ملك عبداً أو بهيمة، فعجز عن الإنفاق عليه وجب عليه بيعه أو ذبح البهيمة للأكل، فكذلك الزوجة إذا أعسر بنفقتها وجب أن يخلي سبيلها إذا رضيت بذلك؛ لأن النكاح أحد أنواع الملك. ويؤيده أيضاً حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ مَا تَرَكَ غِنًى، وَالْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنَ** =

فَصْلٌ
في نفقة الأقارب[1]

تجبُ على الأبِ، إذا كان مُوسراً، بقدْرِ يسارِهِ، نفقةُ أولادِهِ الصِّغارِ جميعِهِم، حتى يبلُغَ الذكورُ منهم الحُلُمَ، ويتزوَّجَ الإناثُ، ويدخُلَ بهنَّ أزواجهنَّ[2]. وليس عليه نفقةُ أولادِهِ الذُّكورِ البالغِينَ الفقراءِ، إلَّا الزَّمْنَى والمَجانِين إذا اتَّصلَ ذلك بِبلُوغِهِمْ.

= **الْيَدِ السُّفْلَى، وَابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ**». تَقُولُ الْمَرْأَةُ: إِمَّا أَنْ تُطْعِمَنِي، وَإِمَّا أَنْ تُطَلِّقَنِي، وَيَقُولُ الْعَبْدُ: أَطْعِمْنِي وَاسْتَعْمِلْنِي، وَيَقُولُ الِابْنُ: أَطْعِمْنِي إِلَى مَنْ تَدَعُنِي؟ فَقَالُوا: يَا أَبَا هُرَيْرَةَ! سَمِعْتَ هَذَا مِنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ؟ قَالَ: لَا، هَذَا مِنْ كِيسِ أَبِي هُرَيْرَةَ. أخرجه البخاري. **من كيس أبي هريرة**: من استنباطه الذي حصله من فهمه للحديث.

(١) الأصل في وجوب نفقة الأقارب من الأولاد والوالدين الفقراء الإجماع، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيرين اللذين لا كسب لهما، ولا مال، واجبة في مال الولد، وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم. ودلت على ذلك أيضاً ظواهر من الكتاب والسنة نذكرها في مواضعها.

(٢) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. وجه الدليل منها: أن الله أوجب أجر رضاع الولد على أبيه، والرضاع من النفقة. وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. قال ابن العربي: [فيه] دليل على وجوب نفقة الولد على الوالد لعجزه وضعفه، فجعل الله تعالى ذلك على يدي أبيه لقرابته منه وشفقته عليه، وسمى الله تعالى الأم؛ لأن الغذاء يصل إليه بوساطتها في الرضاعة، كما قال تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] لأن الغذاء لا يصل إلى الحمل إلا بوساطتهن في الرضاعة، وهذا باب من أصول الفقه، وهو أن ما =

....

= لا يتم الواجب إلا به فهو واجب مثله. اهـ. ويدل له من السنة حديث هند بنت عتبة في «الصحيحين»: أن النبي ﷺ قال لها: «**خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ**». ولأن الولد بعضٌ من أبيه فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله، فكذلك يجب أن ينفق على ما هو بعض منه.

وإنما تسقط النفقة على الذكور إذا بلغوا؛ لأن البلوغ علامة القوة والكمال والاستقلال بالأمر، فوجب أن تسقط النفقة به، إلا أن تكون بهم عاهة تصحبهم إلى البلوغ؛ عقلية تمنع الرشد أو بدنية تمنع القدرة على الكسب، فلا تسقط نفقتهم عليه كالبنات. أما إذا حدثت بعد البلوغ، فلا يجب بها استئناف النفقة على الأب إلا أن يشاء.

وأما الإناث، فإن النفقة لا تسقط عن والدهن بمجرد بلوغهن؛ لأن النفقة منوطة بولاية الإجبار في النكاح، فلما كانت ولاية الإجبار لا تسقط إلا بالثيوبة الحاصلة بدخول الزوج بالبكر، فكذلك لا تسقط النفقة إلا بالدخول بها أو الدعوة إليه.

● فرع:

إذا رجعت المرأة إلى أهلها بعد طلاقها أو وفاة زوجها، لم تعد نفقتها على أبيها، إذا رجعت وهي بالغ ثيب. فإن رجعت ولم تزل صغيرة أو بكراً، عادت نفقتها عليه كما كانت قبل النكاح؛ لأن الصغر والبكارة معنيان يملك بهما ولاية الإجبار عليها، ولا تسقط بالنكاح المتخلل، فكذلك لا تسقط به نفقتها عليه؛ لما قدمنا من تلازم النفقة وولاية الإجبار. وإذا عادت إليه وبها عاهة في بدنها أو عقلها، تمنعها من الكسب، نُظر؛ فإن كانت موجودة بها قبل الزواج، عادت نفقتها عليه، كما لو رجعت وهي صغيرة أو بكر، وكما لو كان للولد الزمِنِ مال ثم ذهب، فإن نفقته تعود على أبيه. وإن حدثت عند زوجها، لم تجب عليه نفقتها، كالكبير من الذكور إذا حدثت به عاهة، ويكونان من فقراء المسلمين.

ومن كان له مالٌ من ميراثٍ أو هبةٍ أو جرايةٍ وقفٍ، أُنفقَ عليه منهُ[1]. ولا تجب نفقةُ اليَتامى على جَدٍّ، ولا أخٍ، ولا عمٍّ، ولا على الأمِّ[2].

ويجبُ على الولدِ المُوسِرِ، ذكراً كان أو أُنْثَى[3]، نفقةُ أبيهِ

---

(١) وتسقط نفقته بذلك على أبيه وإن كان صغيراً؛ لأن نفقة الأقارب تجب على سبيل المواساة، والموسر بمالٍ أو كسبٍ مستغنٍ عنها.

(٢) ولكن يجب عليها إرضاع ولدها من زوجها أثناء قيام الزوجية، إذا كانت ممن يرضع أمثالها من النساء، ولا تستحق بذلك أجرة على أبيه؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. وهي عامة في جميع الأمهات، واستثنيت منها ذوات الشرف والقَدْر؛ لأن العرف جرى أن الشريفة لا ترضع، فخصص الآية، كما استثنيت منها المطلقة طلاقاً بائناً أو رجعيّاً إذا خرجت من عدتها، وكذا المتوفى عنها زوجها، فلا يجب عليهن الإرضاع بدليل أنهن يستحققن الأجرة على ذلك في مال الرضيع، فإن لم يكن ففي مال أبيه؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. وهن أولى من غيرهن من النساء في الاسترضاع؛ لمكان الأمومة والحضانة.

وفي جميع الأحوال إذا لم يكن للصبي ولا لأبيه مال، وجب عليها الإرضاع مجاناً، ويجب عليها الإرضاع أيضاً، ولكن بأجرة، إذا لم يقبل الصبي ثدياً آخر.

(٣) وإذا كان الولد واحداً فالأمر واضح، أما إذا كانوا أكثر من ذلك، فإنها توزع عليهم بقدر يسارهم، على ما شهره البرزلي في «نوازله». وقال أصبغ: بالتساوي، وقال مطرف: على الذكر مثل ما على الأنثيين.

فوجه الأول: أن نفقة الأقارب واجبة على سبيل المواساة، فكان العدل فيها أن يجعل على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، كالزكاة. ولأنها تسقط عن المعدم، ولو كانت مقدرة لتعلقت بذمته كسائر الديون. ووجه الثاني: أنهم متساوون في القرابة التي هي سببها، فوجب أن توزع عليهم بالتساوي، =

وأمِّهِ الفقيريْنِ(١)، ولا تجبُ عليه نفقةُ جدٍّ، ولا جدَّةٍ، ولا أخٍ ولا أُخْتٍ.

فَصْلٌ
في نفقة المماليك

مَنْ ملكَ شيئاً من العبيدِ، أو البَهائمِ، وجبَ عليهِ الإنفاقُ على

= واعتباراً بزكاة الفطر، وبنفقتهم على أبيهم. ووجه الثالث: اعتبار قدرها بالميراث.

(١) سواء كانا قادرين على الكسب أم عاجزين عنه، إذ لا يكون القادر على الكسب غنيّاً بقدرته، وإنما يتحقق الغنى بوجود المال.

ويجب على الولد أيضاً إعفاف أبيه المحتاج إلى الزواج، وتلزمه نفقة زوجته؛ لأن النكاح مما تدعو إليه حاجة الإنسان ويستضر بفقده. وإذا تزوجت أمه من فقير لم تسقط نفقتها عن ولدها، ولكن ليس عليه نفقة زوجها. قال ابن يونس في «الجامع»: قال مالك: تلزمُ الولدَ المليءَ نفقةُ أبويه الفقيريْنِ، ولو كانا كافريْنِ، والولدُ صغيرٌ أو كبيرٌ، ذكرٌ أو أنثى، كانت البنت متزوجةً أم لا، وإن كره زوجُ الابنةِ.اهـ.

ويدل لوجوب نفقة الوالدين على الأولاد الإجماع كما سبق، وقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥]، وقوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓا۟ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا﴾ [الإسراء: ٢٣]. وليس من المصاحبة بالمعروف ولا من الإحسان أن يترك الولد والده جائعاً لا يطعمه، عارياً لا يكسوه، ضاحياً لا يأويه في مسكن. ولأن الولد من كسب أبيه، لقوله تعالى: ﴿مَآ أَغْنَىٰ عَنْهُ مَالُهُۥ وَمَا كَسَبَ﴾ [المسد: ٢]. أي: ولده. ولهذا قال النبي ﷺ: «**إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ، وَإِنَّ وَلَدَهُ مِنْ كَسْبِهِ**». أخرجه أصحاب السنن عن عائشة، وحسنه الترمذي، وصححه ابن حبان والحاكم.

ما مَلَكَ من ذلك[١]، فإن عجزَ أُجبرَ على نقلِ المِلكِ إلى غيرِهِ؛ بالبيعِ أو الهبةِ، أو ذَبْحِ ما يُؤْكلُ من البهائمِ. ولا يحملُ عليهمْ من التكليفِ فوقَ طاقتِهم[٢].

* * *

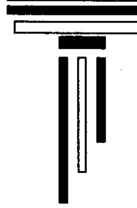
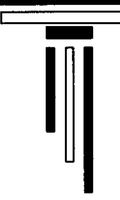
(١) لقول النبي ﷺ: «**لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكِسْوَتُهُ بِالْمَعْرُوفِ، وَلَا يُكَلَّفُ مِنَ الْعَمَلِ إِلَّا مَا يُطِيقُ**». أخرجه مالك ومسلم من حديث أبي هريرة. وعن أبي ذر قال: قال رسول الله ﷺ في المملوكين: «**إِخْوَانُكُمْ وَخَوَلُكُمْ، جَعَلَهُمُ اللهُ تَحْتَ أَيْدِيكُمْ، فَمَنْ كَانَ أَخُوهُ تَحْتَ يَدَيْهِ، فَلْيُطْعِمْهُ مِمَّا يَأْكُلُ، وَلْيُلْبِسْهُ مِمَّا يَلْبَسُ، وَلَا تُكَلِّفُوهُمْ مَا يَغْلِبُهُمْ، فَإِنْ كَلَّفْتُمُوهُمْ فَأَعِينُوهُمْ عَلَيْهِ**». أخرجه الشيخان. **خولكم**: خدمكم وأتباعكم، من التخويل وهو التمليك. وأجمع العلماء على وجوب نفقة المملوك على سيده، حكاه ابن قدامة في «المغني». ولأن منافع العبد مملوكة لسيده، فكان محبوساً عن الكسب بسبب ذلك، فوجب أن تكون نفقته عليه، كالزوجة.

فإن عجز عن النفقة أجبر على إخراجه من ملكه بالبيع والهبة وشبهها، كما يجبر على تطليق الزوجة بالعسر بنفقتها، إذا طلبت ذلك.

وأما البهائم فيجبر صاحبها على نفقتها بالرعي، أو العلف، فإن عجز أجبر على الذبح أو إخراجه من ملكه بالبيع والهبة وشبهها، إذ لا يحل له حبسها حتى تموت جوعاً؛ لما روى ابن عمر ـ ولأبي هريرة مثله ـ أن النبي ﷺ قال: «**عُذِّبَتِ امْرَأَةٌ فِي هِرَّةٍ؛ سَجَنَتْهَا حَتَّى مَاتَتْ، فَدَخَلَتْ فِيهَا النَّارَ، لَا هِيَ أَطْعَمَتْهَا وَسَقَتْهَا إِذْ حَبَسَتْهَا، وَلَا هِيَ تَرَكَتْهَا تَأْكُلُ مِنْ خَشَاشِ الأَرْضِ**». أخرجه الشيخان.

(٢) للحديث السابق: «**وَلَا يُكَلَّفُ مِنَ الْعَمَلِ إِلَّا مَا يُطِيقُ**»، وفي الآخر: «**وَلَا تُكَلِّفُوهُمْ مَا يَغْلِبُهُمْ، فَإِنْ كَلَّفْتُمُوهُمْ فَأَعِينُوهُمْ عَلَيْهِ**». وكذلك البهائم لا يجوز له أن يحمل عليها فوق ما تطيق؛ لأنه تعذيب للحيوان، وهو محرم في الشرع. **الحيوان**: كل مخلوق له روح.



باب الحضانة والرضاع

والحِضانةُ مُستحَقَّةٌ للمحضونِ على قرابتِهِ[(١)].

وهي للغُلامِ حتَّى يَحْتَلِمَ، وقِيلَ: حتَّى يُثْغِرَ، وللجارِيةِ حتَّى تتزوجَ، ويدخُلَ بها زوجُها[(٢)]. وصَرْفُها إلى النِّساءِ أليقُ؛ لوفورِ

---

(١) لأنه يهلك بتركه وإهماله لضعفه، فيجب حفظه من الهلاك كوجوب نفقته.

واختلفت الرواية عن مالك في الحضانة؛ هل هي حق خالص للولد، فتجبر الحاضنة عليها إذا امتنعت، أم حق خالص للحاضنة، فلها الترك والامتناع؟ ورجح الباجي أنه حق مشترك بينهما. وجه القول الأول: أن الغرض منها حفظ مصالح الولد، فكان مختصّاً بها؛ ولذلك يؤخذ منها إذا تزوجت، وإن لحقها الضرر بأخذه. ووجه القول الثاني: قوله ﷺ: «**أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي**». أخرجه أبو داود عن عبد الله بن عمرو، وصححه الحاكم. ولأنها تتضرر بالتفرقة بينها وبينه، لما جبل عليه النساء من الإشفاق.

(٢) وهذا هو المعتمد في المذهب. وقيل: هي في الغلام إلى حد الإثغار، وهو سقوط أسنان الرضاعة ونبات أخرى بدلها. قال الباجي في «توجيه المعتمد»: ووجه ذلك أن ابن سبع سنين لا يقدر على الانفراد بنفسه، والأم أشفق عليه وأصبر على خدمته ومراعاة حاله، والأب لا يستطيع تعاهد ذلك، فكانت الأم أحق بذلك إلى أن يبلغ بذلك، وهو الحد الذي يقوى فيه ويمكنه الاستغناء عن من يخدمه. اهـ.

وأما استمرارها في الجارية إلى النكاح والدخول، فلأن بلوغها لا أثر له لا في إسقاط ولاية الإجبار لأبيها عليها في النكاح، ولا في إسقاط النفقة =

شَفَقَتِهِنَّ، فإن انعدَمْنَ انتقلتْ إلى الرِّجالِ[(١)]، ولا تنتقلُ إلى الحاكمِ بحالٍ.

والأحقُّ بها الأمُّ، فأمُّها جدَّةُ المحضونِ لأُمِّهِ، فالخالةُ أختُ أمِّهِ، فالجدَّةُ أمُّ الأبِ، فالأبُ[(٢)]، فالأخْتُ، فالعمَّةُ، فعمَّةُ الأبِ،

= الواجبة لها عليه، فلم يؤثر في سقوط الحضانة، ولأن حاجتها إلى الحفظ والمراعاة أكثر من حاجة الابن، وحاجتها إلى ذلك بعد البلوغ أشد وأكثر، لتعلق شهوة الرجال بها، والخوف عليها من الفساد.

(١) قال القرافي في الفرق الثامن والسبعين بعد المئة من «فروقه»: لما كانت الحضانة تفتقر إلى وفور الصبر على الأطفال، في كثرة البكاء والتضجر من الهيئات العارضة للصبيان، ومزيد الشفقة والرقة الباعثة على الرفق بالضعفاء، وكانت النساء أتم من الرجال في ذلك كله، قدمن عليهم؛ لأن أنفات الرجال وإباءة نفوسهم وعلو هممهم تمنعهم من الانسلاك في أطوار الصبيان وما يليق بهم من اللطف والمعاملات. اهـ.

فالأم مقدمة على الأب في حضانة ولدهما. وفرقٌ بين الحضانة التي تعني تعهد الولد في طعامه وملبسه ونظافة بدنه ومبيته، وبين ولاية التربية والتعليم المدرسي، فإن الأولى حق للأم والثانية حق للأب عند انفصالهما بالطلاق. قال الباجي في «المنتقى»: وإذا كان الابن في حضانة أمه لم يمنع الاختلاف إلى أبيه يعلمه، ويأوي إلى الأم. ووجه ذلك: أن الابن محتاج إلى أن يعلمه أبوه ويؤدبه، ويُسْلمه إلى من يعلمه القرآن والكتابة والصنائع. وذلك لا يمنع الحضانة للأم. اهـ. مختصراً.

(٢) ووجه تقديم الأم على الجميع إذا كملت فيها الشروط، أنها هي التي حملته في بطنها، وهي أحق برضاعته، وهي أحنى الناس عليه، وأرفق به وأحسن تناولاً. وحكى ابن المنذر الإجماع على تقديم الأم. وقال ابن عبد البر في «الاستذكار»: لا أعلم خلافاً بين السلف من العلماء والخلف، في المرأة المطلقة إذا لم تتزوج؛ أنها أحق بولدها من أبيه ما دام طفلاً صغيراً لا يُميز =

فخالتُهُ، فبنتُ أخِي الصَّبيِّ أو أخْتِهِ، فالأخُ، فالجدُّ من جهةِ الأبِ، فابنُ الأخِ، فالعمُّ، فابنُ العمِّ.

وشرطُ الحاضِنِ أن يكونَ مأموناً، كافياً للمحضونِ. ولا يُشترَطُ الإسلامُ، ولا الحريَّةُ، فللكِتَابيةِ حضانةُ أولادِها من زَوْجِها

= شيئاً، إذا كان عندها في حرز وكفاية، ولم يثبت منها فسق، ولم تتزوج.اهـ.
وأما ترتيب الجدة أم الأم بعد الأم، فلأنها والدة للصبي بواسطة أمه، فأدلت إليه بها، فوجب تقديمها لذلك. ولأن أبا بكر الصديق قضى على عمر بن الخطاب بولده عاصم لجدته لما اختصمت وإياه فيه. أخرجه مالك. وقال: وهذا الأمر الذي آخذ به في ذلك.

وأما ترتيب الخالة بعد الجدة لأم، فلأن جعفر بن أبي طالب وعليّاً وزيد بن حارثة، لما تخاصموا في حضانة ابنة حمزة، قضى النبي ﷺ بها لجعفر؛ لأن خالتها أسماء بنت عميس كانت تحته، وقال: «**الْخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الْأُمِّ**». أخرجه الشيخان عن البراء. ولأن الخالة مع لطف محلها وقربها من الصبي وما عهد من حنوها، أقدر على مباشرة حضانته، وتناول أمره من الأب، فقدمت عليه، وقدمت على أم الأب لأن جَنَبَة الأم مغلبة في الحضانة على جَنَبَة الأب، كما غلبت الأم على الأب، فكان القياس أن لا تنتقل إلى جَنَبَة الأب حتى ينعدم مستحقها من جهة الأم.

وأما تقديم الأب على الأخت ومن يليها من قرابته، فهو رواية «المدونة». وقدم في «الرسالة» الأخوات والعمات على العصبات من الأب ومن يليه. فوجه تقديم الأب: أن الأخت والعمة تدليان به إلى الصبي، فكان هو أولى. ووجه تقديمهن عليه، ما ذكرنا من أن الحضانة من شأن النساء لأنهن يباشرن ذلك في مجاري العادات، ولوفور شفقتهن، ولانشغال الرجال بالكسب وطلب الأرزاق. ولأنه لا يباشر الحضانة بنفسه، بل بوساطة إحدى نسائه من الزوجات والمملوكات، فتؤول حضانة الصبي إلى امرأة هي أبعد من أخته وعمته.

المُسْلِمِ، إذا كانتْ في حِرْزٍ عن أهلِ دينِها، فإن خيفَ عليهِمْ مَعَها، ضُمَّتْ بهم إلى قومٍ مُسلمِينَ(١).

وتَسقطُ الحضانةُ بزواجِ الحاضنةِ، ودخُولِ زوْجِها بها، ولا ترجِعُ إليها بَعْدَ الطَّلَاقِ(٢). كما تَسقُطُ بانتقالِ الأَبِ عن بلدِ

---

(١) وجملة الشروط المذكورة ترجع إلى ثلاثة أشياء:

الأول: الأمانة.

وهي أن يعرف من ظاهر حال الحاضن، أنه لا يسيء إلى المحضون؛ لا في دينه ولا بدنه ولا ماله. فلا حضانة للسكير والمعروف بالزنى، ولا للمريض بمرض معدٍ، كالجذام والبرص، ولا للسفيه الذي يتلف مال المحضون. ومن الأمانة أن يكون الحاضن الذكر محرماً للمحضونة كالأخ والعم؛ لما علم في الشرع من حرمة الخلوة بالأجنبية.

الثاني: الكفاية.

وهي القدرة على القيام بما يحتاج إليه الولد، فإذا كان الحاضن ضعيفاً في بدنه أو كبيراً في السن يعجزه الكبر عن إصلاح الولد، فلا حضانة له لعدم حصول فائدتها. ولهذا اشترط المتأخرون من علمائنا أن يكون الحاضن الذكر متزوجاً، حتى تلي زوجته المحضون بما يحتاج إليه من العناية؛ لما علم من قصور الرجال عن مباشرة ذلك بأنفسهم.

الثالث: الحرز.

وهو أن يكون الحاضن مع المحضون في موضع مصون، لا يُخاف فيه على المحضون؛ لا على دينه ولا على نفسه. فلا حضانة لغير المسلمة إذا كانت مقيمة بين أهل دينها؛ للخوف على المحضون من أن يربى على دينها، أو يغذى بما تستحله من محرمات الأطعمة والأشربة. ولا حضانة لامرأة تقيم مع المحضونة في موضع يُخاف منه اغتصابها، ولا لرجل يتردد على بيته الفساق.

(٢) أما اشتراط خلو الحاضنة من الزوج الأجنبي عن المحضون، فدليله =

الحاضنةِ، إلى بلدٍ آخرَ، إلَّا أن تُرافقهُ[١].

وعلى الأبِ نفقةُ المحضونِ إذا كان مليّاً[٢].

= من السنة الحديث المتقدم قريباً: «**أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي**». وعليه الإجماع، قال ابن المنذر: وأجمعوا أن الزوجين إذا افترقا، ولهما ولد طفل، أن الأم أحق به ما لم تنكح. وأجمعوا على أن لا حق للأم في الولد إذا تزوجت.اهـ. ولأنها إن تزوجت اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة، ولأن الزوج يتكرَّهُ الصبي ويضجر به، فيتضرر الصبي لذلك. ولهذا المعنى اشترط علماؤنا انضمام الدخول إلى العقد في سقوطها، وقيدوا به مطلق الحديث السابق؛ أي: ما لم تنكحي ويدخل بك زوجك.

أما اقتران الحاضنة بزوج هو محرم للمحضون، كعمه وخاله، فلا يمنع من استحقاق الحضانة ولا يسقطها. وكذلك إذا كان وليّاً عاصباً للمحضون، كابن عمه؛ لما تقدم من أن النبي ﷺ قضى بحضانة ابنة عمه حمزة لجعفر بن أبي طالب، وهو ابن عمها؛ لأن خالتها أسماء بنت عميس كانت تحته، وقال: «**الْخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الْأُمِّ**».

(١) وكذلك إذا أرادت الحاضنة النقلة إلى بلد غير بلد أبي المحضون، سقط حقها في الحضانة؛ لأن كون المحضون مع أبيه مصلحة مؤبدة بخلاف كونه مع أمه فإنها مصلحة مؤقتة بزمن الحضانة، ولأن الأم إذا انتقلت أو انتقل الأب عن بلدها، أمكن أن يقوم غيرها مقامها في صيانة الطفل، كما إذا ماتت أو عجزت، بخلاف تربيته وتعليمه وحفظ نسبه من الضياع، فهو مما يتولاه الأب في العادة، ولا يوجد من يخلفه فيه في البلد الذي تنتقل إليه أم المحضون.

(٢) وقد سبق مع دليله في نفقات الأولاد. وإنما ذكرته هنا تأكيداً للبيان، ودفعاً لإيهام أن الحاضنة إذا استقلت بالمحضون عن أبيه، سقطت نفقته عنه بذلك.

فَصْلٌ
في أثر الرضاع

أيُّما امرْأَةٍ أَرضعتْ طفلاً دونَ الحَوليْنِ وما يقارِبُهما من السِّنِّ، ما لم يَكُن استغْنَى بالطَّعامِ عن اللَّبن قَبْلَ ذلكَ، فإنها تصيرُ أمّاً له من الرَّضاعِ(١)،

---

(١) لقوله تعالى عاطفاً على من يحرم نكاحهن من النساء: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣]. فسمى المرضعة أمّاً. وأما ثبوت التحريم بالرضاع في ضمن الحولين، فلقوله تعالى: ﴿وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. وجه الدليل منها: أن الله ﷻ لما أمر الوالدات بإرضاع أولادهن، وبين أن تمامه يحصل بكمال حولين من يوم الولادة، دل ذلك أن ما كان بعد الحولين زائد على التمام، فلم يكن له حكم ما قبلهما، فكانت المرضعة لمن هو في مثل تلك السن، غير داخلة في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾. إلا أن علماءنا قالوا: إذا استمر الرضاع بعد الحولين بأيام يسيرة دون الشهرين، فالرضاع محرِّمٌ؛ لقوله ﷺ: «**إِنَّمَا الرَّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ**». أخرجه الشيخان من حديث عائشة. ولأن الصبي لا يستغني عن الرضاع بانقضاء الحولين، بل يحتاج إلى تدريج، فكان ما قاربهما وتمم حكمهما في معناهما. والله أعلم.

وإذا فَصَلَ قبل الحولين حتى استغنى بالطعام مدةً بينةً، ثم رضع بعد ذلك، فلا أثر له في قول ابن القاسم وأصبغ. وقال مطرف وابن الماجشون: يحرم. ووجه الأول وهو المشهور: أن الله ﷻ لما جعل الحولين أمداً لتمام الرضاع، علق ذلك بإرادة المسترضِع بقوله: ﴿لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ﴾، فلولا أن الفطام يصح قبل ذلك لما علقه بإرادة المسترضِع. ووجه القول الثاني: أن للحولين اختصاصاً بالرضاع، فإذا وجد بعد الفطام فيهما، أوجب حكمه كما لو اتصل.

● **تتمة:**

وقولي في أول الفصل: أيُّما امرْأَةٍ أَرضعتْ... إلخ يتناول بعمومه كل =

دون تقييدٍ بعددٍ من الرَّضَعاتِ، ولا المصَّاتِ[1]. وسواءٌ رضَعَ مصّاً من

= آدمية ذات لبن، سواء در لها من ولادة من حلال أو حرام، أو من غير ولادة أصلاً. وسواء كانت ذات زوج أو خلية، في سن من يدر لها اللبن عادة أو كانت صغيرة أو يائسة. ولا فرق بين أن يحصل الرضاع في حياة صاحبة اللبن أو بعد موتها، كما لو كان لبنها محفوظاً في بنك من بنوك الحليب. فلا تأثير لاختلاف هذه الأحوال في تأثير الحرمة؛ لعموم الظواهر والأخبار، ولأن العبرة بحصول الغذاء به، وذلك يسقط اعتبار أحوال النساء، والأسباب التي در بها اللبن، كما يسقط اعتبار طرق وصوله إلى الجوف. ولأن اللبن لا يختلف في صفته بين أن تكون صاحبته حية أو ميتة، فيجب أن لا يختلف حكمه، وكذلك في اختلاف الأحوال الأخرى.

فثبت بهذا أنه مهما وصل لبن آدمية إلى جوف ولد فيما دون الحولين، منفرداً بنفسه أو مختلطاً بما لا يستهلك فيه من ماء أو دواء أو غيرهما، صارت صاحبته أمّاً له يحرم عليه نكاحها ويحل لها السفر معه. وتنتشر الحرمة بينه وبين من كان سبباً في در اللبن كالزوج؛ فإن كان الرضيع أنثى لم يحل له نكاحها كابنته للصلب.

(١) لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]. وقوله ﷺ: «**يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلَادَةِ**». أخرجه مالك والشيخان عن عائشة. وأما ما روي عن عائشة رضي الله عنها، أنها قالت: كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات، فتوفي رسول الله ﷺ، وهو مما يقرأ في القرآن. فقد أخرجه مالك، وقال: وليس على هذا العمل. وهذا يدل على أن عمل أهل العلم على خلافه. ومما يدل من معناه على ترك العمل به، أنها أخبرت أنه كان قرآناً إلى ما بعد وقت إمكان النسخ. فدل ذلك على أنه ليس من السنة، ودل عدم ثبوته في المصاحف على أنه ليس من القرآن. ومن هنا تعذر الاعتماد عليه. والله أعلم.

الثَّدي، أم بوَجُورٍ أم سَعُوطٍ، إذا وصَلَ إلى الجوْفِ[١]. فإذا خُلطَ اللَّبن بمائعٍ غيرِه كالماءِ، حتَّى استُهلكَ فيه وغلبَتْ عليْهِ صفاتُه، فلا أثَرَ لهُ حينئذٍ، كرضاعِ الكبيرِ.

ويصيرُ الرضِيعُ أخاً لأولادِ المُرضعةِ، ولمن أرضعتْهُم من غيرِ أولادِها. ويكُونُ إخْوتُها وأخواتُها أخوالاً له، فتنتشِرُ حرمةُ النِّكاحِ عليهِ فيهِمْ جميعاً، كحرمتِهِ من النَّسبِ[٢]، سواءٌ كان ذكراً أم أُنْثَى.

---

(١) **الوَجور**: أن يُصب المائع في الحلق صبّاً. **والسَّعوط**: أن يصب في الأنف من إناء أو غيره. ولم يختلف الحكم بهما عن المص؛ لأن بهما يصل اللبن إلى الجوف كما يصل بالارتضاع، ويحصل منهما من التغذية ما يحصل منه. بل لما كان هذا هو المقصود، فإن وصول اللبن (الحليب بتسمية أهل زماننا) إلى محل التغذية بطريق الحقن من أي مكان في البدن يوجب التحريم. قال في «أقرب المسالك»: وإن بسَعوطٍ، أو حُقنةٍ تُغذِّي، أو خُلط بغيره. اهـ.

(٢) لقوله تعالى: ﴿وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، ولما تقدم في حديث عائشة: «**يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلَادَةِ**». وروي عن ابن عباس بلفظ: «**يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الرَّحِمِ**». أخرجه الشيخان عن ابن عباس، وفي لفظ: «**مِنَ النَّسَبِ**».

- **فرعان: في الشهادة على الرضاع والإقرار به:**

الفرع الأول: في الشهادة على الرضاع قبل النكاح وبعده:

إذا تزوج رجل امرأة، فزعمت امرأة أخرى أنها أرضعتهما في الصغر، لم يفرق بينهما لمجرد قولها؛ لأنه يجري مجرى الدعوى وإن كانت صورته صورة الإقرار؛ لأنها تدعي شيئاً فيه ضرر على الغير في منع النكاح ووجوب فسخه؛ وشأن الإقرار أن يثبت به ضرر على المقر لا يتعداه. ولأن الرضاع مما يمكن معرفته من غير قولها، فإن النساء يطلعن عليه في الغالب. ولهذا المعنى لم يختلف الحكمُ إذا كانت أمّاً لأحد الزوجين، وزعمت أنها أرضعت الآخر. =

....

= ولما كان قولها محتملاً للصدق في الجملة، استحب له أن يتنزه عن نكاحها وأن يفارقها إذا كان قد تزوجها ـ ولها الصداق كاملاً إن كان دخل بها، وإلا فنصف المسمى ـ لقوله ﷺ: «**فَمَنِ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ فَقَدِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ، وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فِي الْحَرَامِ**». أخرجه الشيخان عن النعمان بن بشير. ولحديث عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب. قال: فجاءت أمة سوداء، فقالت: قد أرضعتكما. فذكرتُ ذلك للنبي ﷺ، فأعرض عني، قال: فتنحيت، فذكرت ذلك له، قال: «**وَكَيْفَ وَقَدْ زَعَمَتْ أَنْ قَدْ أَرْضَعَتْكُمَا؟**». أخرجه البخاري. وفي رواية له: «**كيْفَ وقَدْ قِيلَ؟**» ففارقها عقبة ونكحت زوجاً غيره.

فإن قالت: أرضعتكما فلانة، فهذه شهادة منها على رضاع الغير، فلم تقبل للنقص في نصاب الشهادة. فإن شهدت معها امرأة أخرى بذلك، لم يفرق بينهما في قول ابن القاسم إلا أن يكون قولهما قد فشا في الأهل والجيران قبل العقد. وقال مطرف وابن الماجشون وابن نافع وابن وهب: يفرق بينهما وإن لم يفشُ، إذا شهدتا بذلك إثر علمهما بالنكاح، ولم يتأخرا حتى مضت مدة يتهمان في مثلها على قصد التفرقة بين الزوجين. ووجهه: أن الرضاع من الموضوعات التي يغلب اطلاع النساء عليها، فكانت شهادتهن منفردات فيه، بينةً تامة لم تحتج إلى شيء زائد، كما في الاستهلال والحيض والبكارة. ووجه اشتراط الفشو في قول ابن القاسم: أن الشأن في النساء أن يفشين خبر الرضاع، فإذا تزوج زيد بعمرة، فقالت امرأتان: إنهما أخوان من الرضاعة، ولم يعرف عنهما قط التحدث بذلك قبل النكاح، كان ذلك تهمة على أنهما قصدتا بشهادتهما التفريق بين الزوجين. والأول أقيس.

ولا يختلف الحكم إذا كانت إحدى المرأتين أم الابن والأخرى أم البنت، أو كانت إحداهما أم أحد الزوجين والأخرى أجنبية؛ لأن خبر الأم عن ولدها ليس دعوى ولا إقراراً، فتعين أن يكون شهادة كخبرها عن الأجنبي. وإن قالت إحداهما: أنا أرضعتهما، لم يختلف الحكم أيضاً وإن =

....

= كانت تخبر عن فعل نفسها؛ لأنها استشهدت على شيء يتعلق حكمه بغيرها، فكانت كما لو قالت: أرضعتهما فلانة.

وشهادة الرجل مع المرأة أولى أن تقبل حيث تقبل شهادة المرأتين، كما لو تزوج زيد بعمرة، فشهد والداها، أو والداه، أو أبوها وأمه، أنه أخوها من الرضاعة، ففي قول ابن القاسم يفسخ النكاح إذا تقدم شهادتهما فشو في الأهل والجيران، وفي قول غيره يفسخ مطلقاً.

واختلف النقل في المذهب في اشتراط العدالة في شهود الرضاع، فحكى اللخمي أنها شرط فيهم كما في سائر الحقوق، وحكى ابن رشد أن ذلك لا يشترط، بل متى شهدت امرأتان أو رجل وامرأة، أو رجلان، ولم يكونا من أهل الفسق والكذب، قبلت شهادتهما وفسخ النكاح، إذا تقدمها فشو على أصل ابن القاسم.

وإن شهد على الرضاع رجلان من أهل العدالة، ثبتت حرمة التناكح ووجب التفريق بين الزوجين مطلقاً، بغير خلاف بين أهل العلم؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

الفرع الثاني: في الإقرار بالرضاع قبل النكاح وبعده:

إذا أقر رجل أن فلانة أخته أو أمه من الرضاعة، لم يجز له أن يتزوجها بعد إقراره بحرمتها عليه. وكذلك إذا أقرت هي بمثل ذلك. وإذا تزوجا ثم ثبت لدى الحاكم أن أحدهما كان قد أقر قبل النكاح برضاعٍ محرم بينه وبين صاحبه، فرق بينهما؛ لا فرق في ذلك بين أن يقيم البينةً الزوج الآخر أو شخص أجنبي. ولها جميع المهر إذا كان قد دخل بها، إلا أن تُقر أنها كانت تعلم ذلك قبل الزواج، فليس لها إلا ربع دينار وهو أقل ما يستحل به الفرج عندنا؛ لأنها غرته من نفسها كما لو تزوجته وهي في عدتها وهي تعلم ذلك.

وإن تزوجا ثم أقر الزوج بالرضاع فصدقته، فسخ النكاح، وإن كان قد دخل بها، فلها الصداق وإلا فلا شيء لها. وإن كذبته، فسخ النكاح أيضاً؛ لأنها لا يلزمها شيء بالفسخ، ولا يجبر هو على استبقائها في عصمته، فله إذا =

ويصيرُ زوجُ المرْضعةِ؛ الذي درَّ اللَّبنُ بسببِ وطْئِهِ، أباً لِلرَّضيعِ من الرضَاعةِ، سواءٌ أرضعتْهُ في وقتِ الزَّوْجيةِ، أم بعد الفِراقِ[1].

= كذبته أن يطلقها فيبت طلاقها. ثم إن كان قد دخل بها استحقت الصداق كاملاً لأجل الدخول، وإلا لزمه نصف المسمى وإن كانت لا تستحقه بالنكاح الفاسد؛ لأن الفساد لم يعرف هنا إلا من قوله، فكان متهماً على أنه كرهها فأراد مفارقتها من غير طريق الطلاق، حتى لا يلزمه شيء.

وأما إن أقرت هي بالرضاع بعد النكاح، فلا يفرق بينهما إذا لم يصدقها؛ لأنها تدعي عليه سبباً يوجب الفسخ بغير بينة، ولأنها تُتهم على أنها تريد مفارقته بغير رضاه، وفرقة النكاح الصحيح بغير رضا الزوج، لا تكون إلا بسبب ثابت من لعان أو عُنة بعد مضي الأجل، أو ضرر أو عسر بالنفقة، أو إيلاء من غير فيئة. ويستحب له أن يفارقها تنزهاً عن الشبهة.

وإذا أقر الأب أن ابنه فلاناً رضع مع فلانة، فإن كان ابنه صغيراً أو سفيهاً أو مجنوناً، لم يجز له أن يزوجه إياها، ويفسخ النكاح إن فعل؛ لأنه هو الذي يلي عقد نكاح ابنه القاصر، وقد أقر أن النكاح بينه وبين فلانة لا يحل، فكان كما لو أقر على نفسه أنه أخوها من الرضاعة ثم أراد أن يتزوجها. وكذلك في ابنته الصغيرة أو البكر، إذا أقر أنها رضعت مع فلان؛ لأنه يلي نكاحها ولاية إجبار كما في ابنه الصغير والسفيه. فبان بهذا أنه إذا أقر بالرضاع على ابنه الكبير الرشيد، أو ابنته الكبيرة الثيب، لم يحرم النكاح بإقراره وإن كان المستحب التنزه عنه.

وإذا خطب رجل بنتاً، فقال أبوها: إنها أختك من الرضاعة، حمل إقراره على ظاهره ولم يجز له أن ينكحها إياه، ويفسخ إن فعل، ولو زعم أنه أراد أن يعتذر له بذلك. وكذلك الأم في ابنتها إذا كانت وصية عليها بحيث يقبل إقرارها عليها.

(١) ولو طلق الرجل امرأته ولها لبن، فلم ينقطع حتى تزوجت رجلاً آخر ووطئها، فإن أرضعت ولداً بذلك اللبن، كان ابناً من الرضاعة لزوجيها =

....

= الأول والثاني، ولو حملت من الثاني ووضعت حملها، فاللبن بينهما بعد وطء الثاني لها، أبداً حتى يتبين انقطاعه. وحكى ابن قدامة في «المغني» عدم الخلاف في أن اللبن للأول دون الثاني، إذا بقي بحاله، وقد علمت أن مذهب مالك أنه لهما معاً، وقاله ابن القاسم وابن الماجشون، وحكاه الطحاوي في «اختلاف الفقهاء» عن زفر ومحمد من أصحاب أبي حنيفة وعن الشافعي في أحد قوليه.

وهذا مبني على أن للوطء تأثيراً في اللبن، ولو لم تقترن به ولادة. واستدل علماؤنا عليه بما ثبت في الصحيح: أن النبي ﷺ همَّ مرة أن ينهى أمته عن الغيلة؛ وهي: أن يطأ الرجل المرأة وهي ترضع. فدل ذلك على أن للوطء تأثيراً في اللبن في الجملة. وهذا يحتاج إلى شيء من البسط، فأقول: يحتمل أنه هم بالنهي عنها لخشية حصول حمل من المرأة فيُفسد لبنها على ولدها، أو لأن المني الذي يصحب الوطء غالباً، يُغيل اللبن ويفسده. والثاني هو المقصود، وبه يستقيم وجه الدليل من الحديث؛ لأن ضرر الأول ظاهر معلوم للعرب، فلم يكن بحاجة إلى أن يجتهد فيه، وأما الثاني فهو الذي كان خفيّاً عليهم؛ يحتاج في معرفته إلى الطب وتجارب الأمم، وكان بعض العرب يتحدثون به لوقوعه في بعضهم؛ أعني: لحوق الضرر بالولد بعد الكبر بوطء أمه وهي ترضعه وإن لم تحمل. فلما علم النبي ﷺ أن الفرس والروم تُغيل نساءها ولا يضر ذلك أولادها، أمسك عن النهي عنه. فثبت من هذا أن اللبن يتغير بوطء المرضعة، تغيراً لا يضر الولد، وإذا كان الوطء يؤثر في صفة اللبن، جاز أن يؤثر في قدره، وأن يُدره ولو من غير ولادة، فجاز لذلك أن يكون له تأثير في التحريم، كما لو تقدمته ولادة.

والحجة في أن الفحل الذي أدر اللبن بوطئه للمرأة، ينشر الحرمة بينه وبين من أرضعته بذلك اللبن، حديث عائشة أم المؤمنين، قالت: جاء عمي من الرضاعة يستأذن علي، فأبيت أن آذن له حتى أسأل رسول الله ﷺ. قالت: فجاء رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك فقال: «**إِنَّهُ عَمُّكِ فَأْذَنِي لَهُ**». قالت: =

وَيُقَدَّرُ الرضيعُ وحدَه من أُسْرَته في ثُبوتِ الحُرْمةِ، فتحلُّ المرضعةُ لأبيهِ وأخيهِ. وتحلُّ أختُه من الرَّضاعِ لأخيهِ من النَّسبِ.

= فقلت: يا رسول الله إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل، فقال: «**إِنَّهُ عَمُّكِ فَلْيَلِجْ عَلَيْكِ**». أخرجه مالك والشيخان.

فإذا أرضعت المرأة طفلاً بلبن ثاب من وطء رجل لها، فإن كان الرضيع أنثى حرُمت على الرجل وأقاربه، كحرمة بناته من النسب، وإن كان ذكراً حرمت عليه قريبات الرجل كأمه وبناته؛ لأن اللبن من الرجل كما هو من المرأة، فيصير الطفل ولداً للرجل، وأخاً لأولاده من صلبه، من المرأة المرضعة أو من غيرها، ويصير إخوة الرجل وأخواته أعماماً وعمات للرضيع، وآباء الرجل وأمهاته أجداداً وجدات له.

● **فرع: في وطء الشبهة والزنى هل تثبت به حرمة الرضاع؟:**

وإذا وطئ رجل امرأة بشبهة أو زنى، فدر لها لبن من جراء ذلك، لكان أباً لمن أرضعته بذلك اللبن في المشهور. وقال عبد الملك بن الماجشون: كل وطء لا يلحق به الولد، فلا حرمة فيه على الفحل، ووجهه: أنه لما كان الوطء حراماً لم يكن له تأثير في ثبوت النسب، فلم يكن له تأثير في حرمة الرضاع. ووجه الأول: أن المرأة لما صارت أمّاً للذي أرضعته من غير اعتبار للسبب الذي در به اللبن، وجب أن يكون الفحل الذي أدر لها اللبن، أباً له من غير اعتبار حكم الوطء.

● **تتمة في لبن الفحل:**

ولبن الفحل محرم، ويتصور ذلك في رجل له امرأتان أرضعت إحداهما صبيّاً والأخرى صبية، فيحرم النكاح بينهما؛ لأنهما أخوان لأب من الرضاعة، فإنهما يشتركان في اللبن الذي كان السبب في دروره. وهذا معنى ما رواه مالك، عن ابن شهاب، عن عمرو بن الشريد؛ أن عبد الله بن عباس سُئل عن رجل كانت له امرأتان، فأرضعت إحداهما غلاماً، وأرضعت الأخرى جارية، فقيل له: هل يتزوج الغلام الجارية؟ فقال: لا؛ اللقاحُ واحدٌ.




كتاب البيوع(١)

أركانُ البَيْعِ ثلاثَةٌ: الصِّيغةُ، والعاقدانِ، والمعقودُ عليهِ.

فأمَّا الصِّيغةُ؛ فكلُّ تَعبيرٍ دلَّ على الرِّضا بإنشاءِ البَيْعِ مِنَ

---

(١) **البيع في اللغة**: إعطاء المثمن وأخذ الثمن، **والشراء**: إعطاء الثمن وأخذ المثمن، ويطلق أحدهما على الآخر على سبيل الترادف، فهما من الأضداد، لما بينهما من الاشتراك في معنى المبادلة. ومعناه في الاصطلاح الفقهي قريب من معناه اللغوي، وعرفه المازري بقوله: نقل ملك الأعيان بعوض.

والبيع مشروع بالكتاب؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. وهو نص في حلية البيع وحرمة الربا. وبالسنة القولية والفعلية والتقريرية، فقد باع النبي ﷺ واشترى، بنفسه وبوكيله، ونهى عن بيوع مخصوصة بأوصافها أو أعيانها، فدل ذلك على أنه أقر ما سواها. ودل تعامل الصحابة وغيرهم بالبيع والفتوى في تفاصيله، على إجماعهم على مشروعية أصله.

وتظهر حكمة مشروعية البيع، في كونه وسيلة إلى الانتفاع بما في أيدي الناس من الأموال المختلفة الأغراض، وهي قوام العيش، ولأجل هذا حرم الإسلام على المسلم أن يحتكر ما يؤدي احتكاره إلى الإضرار بالناس من سائر أنواع الأموال، فضلاً عن المواد الغذائية الأساسية.

والبيع أصل للمعاملات المالية، فيقاس عليه غيره من عقود المعاوضات كالإجارة والخلع، في أصولها وفروعها، وهو أشهر العقود التي يتعامل بها الناس.

العاقديْنِ؛ إيجاباً من أحدِهما، وقَبولاً من الآخَرِ. كقولِ البائعِ: بعتُكَ كذا بكذا، وقولِ المشْتَرِي: اشتريْتُ منكَ كذا بكذا، فيُجيبُه الآخَرُ بقولِه: قبِلتُ، أو رضِيتُ وما في معناه[١]. ومِثْلُ التخاطبِ الصَّريحِ الإشارةُ المفهِمةُ، والكتابةُ[٢].

وينعقدُ بالتعاطِي[٣].

---

(١) وليس من ضرورة الصيغة مراعاة لفظ البيع والشراء، بل يكفي من ذلك ما يدل دلالة واضحة على إنشاء العقد في الحال. ولذلك ينعقد بالفعل الماضي مطلقاً كما مثلنا في الأصل؛ لضعف احتمال أن يكون قوله: بعت أو اشتريت، منصرفاً إلى دعوى يدعيها على صاحبه، أو إقرار ببيع سابق.

وأما استعمال فعل الأمر، كقوله: بِعْني، أو: اشترِ مني، فهو يفيد إيجاب العقد أيضاً؛ أعني إنشاءه، وليس عرضاً للسلعة، فإذا قبله الآخر لزم.

وأما المضارع، كقوله: أبيعك هذه السلعة بألف، أو: أشتريها منك بألف، فهو إيجاب للبيع أيضاً، إلا أنه محتمل للوعد في المستقبل، فإذا ادعاه صُدِّق بيمينه.

(٢) ومما شاع في هذا العصر استخدام المكاتبات بالصكوك، والتوقيع عليها. والتخاطب بواسطة الناسوخ (الفاكس). والتعاقد بهذه الطرق صحيح على مقتضى المذهب؛ إذ الغرض من الصيغة حصول الرضا الصحيح إلى قصد نقل الملك في العوضين، فكما يحصل ذلك بالتخاطب مشافهة أو إشارة، كذلك يحصل بتوقيع الصكوك وتبادل الخطاب بالناسوخ.

(٣) ومعنى **التعاطي**: إعطاء المشتري الثمن للبائع، وأخذ السلعة، كما هو شائع في المواد المعلنة الأسعار. وإنما جاز التعاطي لوجود الدلالة به على التبايع عرفاً، ولأن المقصود هو حصول الرضا؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، فأيما تعبير دل عليه وجب قبوله.

وأما العاقدانِ فالبائعُ والمشْتَرِي، أصالةً أو نيابةً[(١)]. وشَرْطُ صحَّةِ عَقْدِ كلٍّ منهما التمييزُ[(٢)]، وشَرْطُ لزومِهِ لهما: البلوغُ، والرُّشدُ، والطَّوعُ[(٣)].

* * *

---

(١) **الأصالة**: أن يبيع الإنسان ملكه بنفسه، أو يشتري لنفسه. ففي الأصالة تتحد ولاية الملك مع ولاية العقد، وكذا في الشراء. **والنيابة**: أن يكون البائع أو المشتري، نائباً عن غيره، بحكم الشرع، كولاية الأب على أولاده الصغار، والوصي على مال اليتيم، أو بأمر القاضي، كالولي على المحجور عليه لجنون أو سفه، أو بتوكيل من صاحب الحق.

فالعبرة في شروط العاقدين بمن يباشر العقد، لا بمن تعود مصلحته إليه.

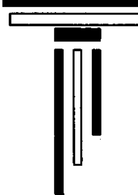
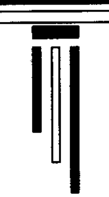
(٢) وضابط التمييز أن يفهم الإنسان ما يخاطب به من كلام العقلاء، ويحسن الجواب عنه. فلا يصح البيع ولا الشراء من فاقد التمييز؛ سواء كان راجعاً إلى النشأة كما في الصبي، أو لعارض من جنون أو إغماء؛ لأن غير المميز لا يعتد بعبارته في الكلام، فلا تكون لها دلالة على الرضا في البيع.

(٣) فبيع الصبي المميز وشراؤه، وكذا البالغ إذا كان سفيهاً أو مكرهاً إكراهاً غير شرعي، صحيحٌ غير لازم له، ويَلزمُ الطرفَ الآخرَ فقط إذا كان بالغاً رشيداً مختاراً؛ لأن رضا الأصناف الثلاثة المذكورين، إما غير معتبر وإما غير موجود، والله تعالى يقول: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْۚ﴾ [النساء: ٢٩]، ويقول النبي ﷺ: «**إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ**». أخرجه ابن ماجه عن أبي سعيد الخدري. وقال البوصيري في «مصباح الزجاجة»: إسناده صحيح.

ومعنى كونه غير لازم؛ أنه موقوف على رضا الولي في الصبي والسفيه، فإن أجازه جاز وإن رده بطل. قال ابن عسكر في «الإرشاد»: يصح بيع مميز موقوفاً على إجازة وليه.اهـ.

وأما المكره ـ ويسميه علماؤنا: المضغوط ـ فهو مخير، بعد زوال الإكراه، بين إمضاء البيع واستبقاء الثمن، وبين فسخه واسترجاع المبيع ممن هو بيده.



باب شروط المعقود عليه

والمعقودُ عليه يتناولُ العِوَضيْنِ؛ من ثمنٍ ومُثْمَنٍ(١).

وشَرْطُ كلٍّ منهما أن يكونَ: مالاً، موجوداً، طاهراً، منتفَعاً به انتفاعاً مباحاً في الشَّرْعِ، مقدوراً على تسليمِه، معلوماً للعاقديْنِ معاً، مأذوناً في بَيْعِه شَرْعاً.

فلا يجوزُ بَيْعُ ما ليس بمالٍ، كالإنسانِ الحُرِّ، وسائرِ أجزائِه(٢)،

---

(١) ويقال أيضاً: الثمن والمبيع، أو: المعقود به والمعقود عليه.

ولا فرق بين الثمن والمبيع في الأحكام، فكل من العوضين معقود عليه، فلا ضرورة إلى تصنيف الأموال أصنافاً يتميز بها المبيع من الثمن، كما هو الشأن عند الحنفية في تقسيمهم الأموال إلى: دنانير ودراهم، وقيميات ومثليات. نعم هناك فرق عرفي بينهما؛ وهو أن المبيع يكون هو المقصود بالعقد دون الثمن، لكون الأثمان تكون من النقود عادة، وتقبل الثبوت في الذمة بأجلٍ وبغيره، ولا تتعين بالتعيين إلا في أحوال خاصة، كالصرف.

(٢) سواء اقتطعت من جسم الحي، أم من جثة الميت؛ لأن الإنسان مكرم لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠]، وتكريمه ينافي أن يجعل مالاً يبتذل بالبيع والشراء، والتسلط عليه بطريق الملكية والتصرف، إلا في العبيد لمعنى طارئ يخصهم، على أن العبد ليس مالاً خالصاً كالحيوان؛ لأنه يشترك مع الحر في كثير من الحقوق والواجبات. وضمان أعضاء الإنسان بالمال عند إتلافها ليس دليلاً على ماليتها؛ لأن الضرورة اقتضت ذلك، وهي عدم إمكانية تعويض العضو المتلف بعضو مثله. =

ولا بَيْعُ المعدومِ[١]، ولا النَّجِسِ ولا المتنجِّسِ[٢]، ولا ما لا منفعةَ

= وأما بذل الأعضاء على سبيل التبرع بها لنفع إنسان آخر فجائز، كالتبرع بالدم.

وليس لبن المرأة من أجزاء الإنسان؛ لأنه منفصل عنها بالضرورة، كالعرق والدمع والبول، إلا أنه يفترق عنها بكونه طعاماً مغذياً، فتجوز المعاوضة عليه بطريق الإجارة (الإرضاع) إجماعاً، وبطريق البيع قياساً على لبن الأنعام.

(١) ومن ذلك ضمان البساتين؛ بشراء محصولها السنوي من الثمار قبل انعقادها، وكذلك شراء محاصيل الزروع، والبقول والخضروات قبل انعقادها؛ لورود النهي عن بيع السنين أو المعاومة، وعن بيع حبل الحَبَلة، كما سيأتي في البيوع المنهي عنها، ولما فيه من الغرر وقد ورد النهي عنه في السنة. وحكى النووي في «المجموع» الإجماع على بطلان بيع المعدوم.

ولا يمتنع بيع المعدوم من كل وجه، بل يستثنى منه ما كان على وجه السلم، كما سيأتي.

(٢) النجس كالبول والعذرة والدم، والخمر، وروث الدواب، دون زبل الأنعام فإنه طاهر. والمتنجس كالزيتون المملح بملح نجس، والخيار المخلل بخل نجس.

وكذلك لا يجوز بيع الميتة، وأجزائها من جلد ولو مدبوغ، وعظم، وقرن، وسن، وظلف، وقصب الريش. وأما الشعر والوبر والصوف والريش، إذا جزت بعد الموت أو قبله، فلا بأس ببيعها؛ لعدم حلول الحياة فيها.

والسبب في منع بيع النجس والمتنجس يرجع إلى حرمة الانتفاع بعينيهما؛ وإذا حرم الشارع منفعة شيء صارت كالمعدومة حسّاً، فيمتنع بيعه لما فيه من أكل ثمنه بالباطل. ولحديث جابر، أنه سمع رسول الله ﷺ يقول، عام الفتح، وهو بمكة: **«إِنَّ اللهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ، وَالْمَيْتَةِ، وَالْخِنْزِيرِ، وَالْأَصْنَامِ»**. فقيل: يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة، فإنها تطلى بها السفن، وتدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ فقال: **«لَا، هُوَ حَرَامٌ»**. ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: **«قَاتَلَ اللهُ الْيَهُودَ! إِنَّ اللهَ لَمَّا حَرَّمَ عَلَيْهِمْ شُحُومَهَا، جَمَلُوهُ ثُمَّ بَاعُوهُ فَأَكَلُوا ثَمَنَهُ»**. متفق عليه. **يستصبح بها الناس**: يوقدون منها =

فيه[١]، ولا ما يعجَزُ عن تسليمِه[٢]، ولا المجهولُ لأحدِ العاقديْنِ أو

= المصابيح. **جملوه**: أذابوه. وأخرج أحمد الجملة الأخيرة بزيادة: «**وَإِنَّ اللهَ عَزَّ وَجَلَّ إِذَا حَرَّمَ أَكْلَ شَيْءٍ حَرَّمَ ثَمَنَهُ**». وإسناده صحيح، وصححه ابن حبان. وعن عامر بن ربيعة عن أبيه؛ أن رجلاً من ثقيف يكنى أبا تمام، أهدى لرسول الله ﷺ رَاوِيةَ خمرٍ، فقال رسول الله ﷺ: «**إِنَّهَا قَدْ حُرِّمَتْ يَا أَبَا تَمَّام**». فقال له: يا رسول الله فأستنفق ثمنها؟ فقال رسول الله ﷺ: «**إِنَّ الذِي حَرَّمَ شُرْبَهَا حَرَّمَ ثَمَنَهَا**». أخرجه الطبراني في «الأوسط» . وعن عثمان بن عفان؛ أن رسول الله ﷺ نهى عن الخمر وحرم ثمنها. أخرجه البزار. قال الهيثمي في الأول: رجاله رجال الصحيح، وقال في الثاني: رجاله ثقات.

(١) كالخنفساء والخفاش، وخشاش الأرض والحيات والقردة؛ لأن في بيع ما لا منفعة فيه، توسلاً لأكل ثمنه بالباطل، وقد نهى الشارع عن أكل أموال الناس بالباطل.

وكذلك لا يجوز بيع ما كانت منفعته باطلة بحكم الشرع، كالخنزير، والأصنام، والتماثيل؛ لحديث جابر السابق، وكذا آلات اللهو والطرب، لحديث أبي عامر الأشعري، قال: قال رسول الله ﷺ: «**لَيَكُونَنَّ مِنْ أُمَّتِي أَقْوَامٌ يَسْتَحِلُّونَ الْحِرَ وَالْحَرِيرَ وَالْخَمْرَ وَالْمَعَازِفَ**». أخرجه البخاري. **الحِر**: الفرْج. **المعازف**: آلات الطرب والغناء. وكذا النرد ومثله الشطرنج، لحديث أبي موسى: أن النبي ﷺ قال: «**مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدِ فَقَدْ عَصَى اللهَ وَرَسُولَهُ**». أخرجه مالك. وعن أبي مسعود الأنصاري: أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغيِّ وحلوان الكاهن. متفق عليه. **مهر البغي**: أجرة الزانية، **حلوان الكاهن**: ما يعطى له على كهانته. وجه الدليل من الحديث: أن الزنى والكهانة حرام بأدلة أخرى، فلما انضاف إليها النهي عن أخذ العوض عليهما بهذا الحديث، دل ذلك على أن المنفعة إذا كانت محرمة بحكم الشرع، فلا تجوز المعاوضة عليها. ويؤيد هذا الاستدلال حديث: «**إِنَّ اللهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئاً حَرَّمَ ثَمَنَهُ**». وبهذا يتبين وجه دلالة الأحاديث السابقة على حرمة المعاوضة على المعازف والنرد، إجارةً وبيعاً.

(٢) كالعبد الآبق في المعاملات القديمة، والبعير الشارد، والمفقود =

كليْهِما، ولا ما نهَى الشَّرْعُ عن بَيْعِه(١).

= الذي لا يعرف مكانه، والمغصوب في يد غاصبه، والطير في الهواء، والسمك في الماء؛ لنهي الشارع عن بيع الغرر، وكلُّ ما لا يُقدر على تسليمه يشتمل على غرر.

ومن ذلك أيضاً بيع ما في ملك الغير؛ لأنه لا يضمن أنه سيؤول إليه ببيع أو هبة، ولحديث حكيم بن حزام، قال: أتيت رسول الله ﷺ، فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعه؟ فقال: «**لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ**». أخرجه أصحاب السنن، وصححه الترمذي وابن حبان.

(١) وسيأتي بيان البيوع المنهي عنها، وبعضها مذكور في الهوامش، في سياق الأمثلة والإيضاحات.

● **تنبيه:**

ليس من شرط المعقود عليه أن يكون مملوكاً للعاقد؛ فقد يكون وكيلاً لصاحب السلعة أو وليّاً له، وقد يكون فضوليّاً يتصرف في ملك غيره بغير إذنه، فيصح العقد أيضاً في البيع والشراء، إلا أنه يكون موقوفاً على إجازة المالك ولو طال الزمن على المشهور. قال ابن عسكر في «الإرشاد»: و[يصح] بيع الفضولي وابتياعه موقوفاً على إجازة المالك.اهـ. ودليله من السنة حديثا عروة البارقي وحكيم بن حزام. أما حديث عروة، فهو أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به أضحية، أو شاة، فاشترى به شاتين، فباع إحداهما بدينار، فأتاه بشاة ودينار. فدعا له بالبركة في بيعه، فكان لو اشترى تراباً لربح فيه. أخرجه أصحاب السنن عدا النسائي. وحسن الخطابي إسناده في «معالم السنن». وأما حديث حكيم، فهو شاهد لحديث عروة بمعناه مقارب له في لفظه، مع اختلاف الواقعة. أخرجه أبو داود والترمذي. وفي إسناده ضعف.

فَصْلٌ
في العلم بالثمن والمبيع

إذا كان الثمنُ من النُّقودِ، فالشَّرطُ فيه: أن يكونَ معلومَ الجِنسِ، والقَدْرِ، والصِّفةِ، والأجلِ إذا كان مؤجَّلاً(١).

---

(١) **فمعلوم الجنس**: كالدنانير الذهبية، والدراهم الفضية، وسائر أنواع العملات النقدية المعاصرة. فكل عملة منها جنس على حياله، كالذهب والفضة. فلا يجوز أن يقول له: بألف، ولا يذكر وحدة النقد، كالدينار الجزائري والريال السعودي، إلا إذا كان العرف يفسره بوجود عملة واحدة فقط في البلد، أو كانت غالبة على غيرها من العملات.

ومعلوم القدر: أن لا يكون مبلغه مجهولاً لأحد العاقدين. فلا يجوز: بعتك بما في جيبي أو صندوقي، أو بمثل ما يبيع به فلان سلعته، أو بما يحكم به زيد، أو بما تساوي قيمتها بعد التقويم، أو بما ينتهي إليه سعرها بعد انقطاع المساومة.

ومن الجهالة في الثمن ما ورد الشرع بالنهي عنه من بيعتين في بيعة، على ما يأتي تفسيره في البيوع المنهي عنها.

ومعلوم الصفة: كالدنانير اليزيدية والمحمدية، والرديئة والجيدة، والوازنة والناقصة. وهذه الصفات كانت موجودة في النقود القديمة؛ من الدنانير الذهبية، والدراهم الفضية، والفلوس النحاسية، ولا توجد في النقد المعاصر؛ لتماثل وحداته، وعدم تعلق القيمة بأعيانها.

وأما الأجل: فإنه إذا لم يذكر، فالثمن حالٌّ؛ تجوز المطالبة به من فور العقد. وإذا ذكر، واتفقا عليه، فلا بد من بيانه، فلا يجوز أن يقول: بعد بضعة أشهر، أو: عند مجيء زيد من سفره، أو عند قبض ديني من فلان، وذلك لأن الجهالة في الأجل جهالة في وصف من أوصاف الثمن، فصارت كالجهالة في قدره، ولأن للأجل أثراً في مبلغ الثمن، وهو معنى قول الفقهاء: للزمن حصة من الثمن، فما يباع بمئة إلى شهر، قد يباع بمئة وخمسين إلى شهرين. =

وإذا كانَ مِنْ غيرِها، كالحبُوبِ والثِّمارِ، والثِّيابِ، والحَيَوانِ وغلَّتِه من لبنٍ وبيضٍ وصوفٍ وجِلدٍ، وسائرِ المِثْلياتِ والمقوَّماتِ[1]، فهو كالمبيعِ في اشْتِراطِ العلمِ بجنسِهِ، وصفاتِهِ[2]، وتعيينِهِ، في غيرِ

= وما ينطبق على جعل الثمن كله إلى أجل واحد، ينطبق على تقسيطه على آجال مختلفة.

(١) **المثليات**: الأعيان التي ينوب بعضُها منابَ بعضٍ، كالمتجانس من المكيلات، والموزونات، والمذروعات (وهي داخلة ضمن المكيلات في الاصطلاح الفقهي المالكي)، والمعدودات المتقاربة في أفرادها. **والمقومات** على العكس من المثليات، هي: الأعيان التي لا ينوبُ بعضُها منابَ بعضٍ، بل تنوب القيمة منابها، كالحيوانات، واللؤلؤ، والمصنوعات اليدوية.

ويدخل في جملة المثليات السلع المعاصرة التي تصنعها الآلات على المواصفات العامة، وإن لم تكن تقاس بالكيل والوزن والعد والذرع، إذا كانت جديدة؛ لأنها تصنع في قالب واحد. أما ما صنع على مواصفات خاصة، أو كان قد تغير بالاستعمال، فإنه يصنف في المقومات لاختلاف أفراده.

(٢) من البائع والمشتري. قال ابن الحاجب في «مختصره»: والجهلُ بالثمن والمثمون، جملةً وتفصيلاً مبطلٌ.اهـ.

والدليل على شرطية علم المشتري بالمبيع، قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. وقوله ﷺ: «**إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ**». أخرجه ابن ماجه عن أبي سعيد الخدري. وصحح إسناده البوصيري في «مصباح الزجاجة»، وأخرجه ابن حبان في «صحيحه». فدلت الآية والحديث على شرطية الرضا في البيع، فلم يجز أن يبيع الرجل شيئاً أو يشتريه، إلا وهو راضٍ بنفس البيع غير مكره عليه؛ راضٍ بما يدخل في ملكه أو يخرج منه، ولا يرضاه حتى يعلمه. فإن كان يجهله في جملته وتفصيله؛ يعني في جنسه وصفته، مثل أن يقول: بعتك ما في كمي، =

عَقْدِ السَّلَمِ، بحيثُ يُمكنُ الإشارةُ إليه، إن كان حاضِراً، والدِّلالةُ عليه، إن كان غائِباً[(١)].

= أو ما في صندوقي، أو شيئاً في منزلي، كان رضاه مشوباً بغرر ومخاطرة؛ لأنه قد يكون شيئاً يرضاه في نفسه، وقد يكون شيئاً يسخطه، فامتنع.

وإن كان يعلم الجملة دون التفصيل؛ يعني الجنس دون الصفة، مثل أن يقول: بعتك ثوباً في بيتي، أو فرساً في إصطبلي، فرضاه مشوب بغرر ومخاطرة كذلك، وكلاهما لا يجوز في الشرع وإن تراضاه البَيِّعان.

ومثل البيع المشتمل على الجهالة المفسدة للعقد: بيع اللحم في جلده قبل تبين صفته بالسلخ، وأحرى بيعه قبل ذبح الشاة. فإذا قال: اشتريت منك رطلاً من لحم هذه الشاة، وهي حية أو مذبوحة لم تسلخ، لم يجز. ومثله بيع الحنطة في تبنها قبل التصفية.

والبائع كالمشتري، لا يوجد منه الرضا بتمامه إلا إذا علم ما يخرج من ملكه، فلا يجوز أن يبيع المسلم شيئاً من ملكه لا يعلمه، كمن له حصة في ميراث أو شركة، فلا يجوز له أن يبيعها حتى يعلم أعيان الأشياء الموروثة والمملوكة بالشركة، ويعلم حصته فيها؛ النصف أو الثمن أو غير ذلك.

(١) المبيعات من حيث التعيين نوعان: معين، وغير معين.

فأما المعين: فكل ما يمكن الإشارة إليه، أو الدلالة عليه. وقد يكون معيناً بذاته، كهذه السيارة، وتلك الدابة، والأرض الفلانية. وقد يكون معيناً بجنسه فقط وذلك في المثليات، مثل أن يقول: بعتك خمسة أرادب من هذه الحنطة، أو خمسة كيلوغرام من هذا العنب، أو خمسة أمتار من هذا القماش، أو خمسين حبة من هذا البيض، فيحتاج في تعيين قدر المبيع إلى تمييز بالكيل، أو الوزن، أو الذرع، أو العد، فما لم يميز فهو من ضمان البائع، حتى يؤدي ما عليه فيه من حق التوفية. **أرادب**: جمع إردبّ، مكيال مصري قديم يبلغ ست وَيْباتٍ، **والويبة** = ١١ لتر، أو ما يعدل ٨,٦٩ كيلوغرام من الحنطة. فمبلغ الإردب = ٦٦ لتر، أو ٥٢,١٤ كيلوغرام من الحنطة. =

وإذا كان المبيعُ مُعيَّناً بذاتِهِ، وكان حاضِراً، تَعَلَّمهُ المشْتَرِي برؤْيتِهِ وتقليبِهِ، وأما إن كان مُعيَّناً بجنسِهِ، فرُؤْيةُ بعضِ جنسِهِ الذي يَجْمعُ صفاتِهِ، تكفِي في العِلْم بِهِ.

فَصْلٌ

في بيع الجزاف[١]

وكلُّ ما يباعُ كيْلاً كالحِنْطةِ، أو وزْناً كاللَّحمِ، أو ذَرْعاً كالكِتَّانِ، أو عدّاً كالبيْضِ، فلا يجوزُ بَيْعُه جزَافاً إلَّا بأربعةِ شروطٍ[٢]؛ **أحدُها**: أن يستويَ العاقدانِ في جهْلِ مقدارِهِ[٣]،

= **وأما المبيع غير المعين**: فما لا يمكن تعيينه في الخارج بإشارة ولا دلالة، وإنما يلتزمه البائع في ذمته فقط، ليعينه عند التوفية، مثل أن يقول: بعتك خمسة أرادب من حنطة من نوع كذا، أو طُنَّ من السكر من نوع كذا. وبيع شيء غير معين هو بيع الدين، ولا يجوز إلا على شروط السلم؛ من ضبط صفاته، وتأجيله بأجل معلوم، وتعجيل ثمنه.

(١) **الجزاف**: مثلث الجيم كما حققه النووي، وحكى فيه الجوهري الكسر فقط، فيكون الأغلب فيه أو الأفصح الكسر. وهو لفظ فارسي معرب، ومعناه: بيع الشيء بلا كيل ولا وزن ولا عدد. كغرائر القمح مجهولة الكيل، وأكوام البطيخ، وصناديق الخضر مجهولة الوزن، وقطع القماش مجهولة الذرع.

(٢) وإنما لم يجز البيع بالجزاف إلا بالشروط المذكورة؛ لما فيه من الجهالة في قدر المبيع، مع القدرة على العلم بذلك، ولما فيه من العدول عن تقدير المبيع بمعياره الشرعي، إلى تقديره بالظن والتخمين، وهو ذريعة إلى الغرر والمخاطرة، وأشبه العمل بالقياس مع القدرة على النص.

(٣) فإذا انفرد البائع بعلم مقداره، كما لو قال له: أبيعك ملء هذه الغرارة قمحاً، وهو يعلم سعتها دون المشتري، لم يجز؛ لقوله ﷺ: «**مَنْ غَشَّنَا** =

والثاني: أن يَحْزِراه معاً[(١)]، والثالثُ: أن يُباعَ على رؤْيتِه حينَ العَقْدِ[(٢)]، والرابعُ: أن تكونَ أفرادُه غيرَ متفاوتَةٍ تفاوتاً تصيرُ بهِ

= **فَلَيْسَ مِنَّا**». أخرجه مسلم عن أبي هريرة. وهذا غش وغرور للمشتري؛ لأنه دخل على أن البائع بمثابته في الجهل بمقدار المبيع.

وإذ قد ثبت منع ذلك، فمتى اطلع المشتري عليه، فهو بالخيار بين الإمضاء والفسخ؛ لأنه إنما رضي بالمجازفة بناء على أن البائع بمثابته في الجهل بقدر المبيع، فإذا كتمه كان ذلك تدليساً عليه، فثبت له الخيار كالعيب إذا كتمه. قال مالك في «الموطأ»: من صبَّر صُبرة طعام، وقد علم كيلها، ثم باعها جزافاً، وكتم على المشتري كيلها، فإن ذلك لا يصلح، فإن أحب المشتري أن يرد ذلك الطعام على البائع رده بما كتمه كيلَه وغرَّه، وكذلك كل ما علم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره، ثم باعه جزافاً ولم يعلم المشتري بذلك، فإن المشتري إن أحب أن يرد ذلك على البائع رده، ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك. اهـ.

وإذا أخبر البائع المشتري بقدر المبيع، جاز للمشتري تصديقه، ولم يجب عليه الكيل والوزن. وإن قال البائع: أنا أعلم مبلغها من الكيل أو الوزن، ولست أعلمك، فإن أردت أن تشتري على هذا، وإلا لم أبعك، فرضي المشتري، لم يجز؛ لأنه رضا بالمخاطرة والغرر، فكان كما لو قال له: أشتريه منك بما في كمي أو في صندوقي.

(١) بمعنى أن يكون تقديره في ظن كل واحد منهما، مقارباً لتقدير الآخر. فيقدِّرُ أحدهما أنه يساوي نحو خمسين كيلوغرام، ويقدِّرُ الآخر مبلغاً قريباً من ذلك. فإن كان أحدهما أو كلاهما لا يقدر على الحزر، لجهله أو لكثرة المبيع وتجافيه عن الحزر، فلا يجوز بيعه جزافاً.

وكذلك لا يجوز بيع ثمر البستان، أو زرع الحقل، أو صبرة الطعام، على أن يضمن البائع أن فيه خمسين إردبّاً مثلاً، وأنه إن وجد ناقصاً من ذلك ضمن النقص للمشتري، فلا يجوز؛ لما فيه من الغرر والمخاطرة.

(٢) فإذا باعه على الغيب، ولو مع سبق الرؤية لم يجز؛ لأن الحزر لا يتأتى إلا في الحاضر المرئي دون الغائب عن النظر.

مقصودةً؛ تتعلقُ الرغبةُ بأعيانِها(١).

---

(١) ومعنى هذا الشرط أن من المبيع ما تتعلق الرغبة بكميته عادة، ولا تتعلق بأفراده، كالحنطة والشعير والتمر والزبيب والجوز واللوز وصغار السمك، فهذا يباع جزافاً إذا توفرت فيه الشروط الثلاثة المتقدمة، ومنه ما تتعلق الرغبة بأفراده دون كميته الإجمالية، ككوم من الثياب وقطيع من الغنم، فهذا لا يجوز أن يباع جزافاً.

• **تتمة في بيان معيار التقدير في المثليات:**

لما كان في بيع الأعيان المقدرة جزافاً، عدول عن تقدير المبيع بمعياره الشرعي إلى تقديره بالظن والتخمين، فلم يكن جائزاً إذ ذاك إلا على سبيل الرخصة إذا استوفى جملة الشروط المتقدمة، وجب تمييز ما يباع كيلاً من الأموال المقدرة مما يباع منها وزناً. والمرجع في ذلك إلى العرف؛ فهو المحكَّم في تحديد معيار كل شيء، فما تعارف الناس على بيعه بالوزن فهو موزون في حكم الشرع، وما تعارفوا على بيعه كيلاً فهو مكيل في حكم الشرع، في الحبوب والثمار والمائعات والجامدات.

فمن عدَلَ بشيء تعارف الناسُ بيعه وزناً، فباعه بالكيل، أو العكس، لم يجز إلا على شروط الجزاف، بأن يكون حاضراً مرئياً حين البيع. ولو وكل رجل رجلاً ببيع طعامٍ له مكيلٍ، فباعه وزناً لم يجز، ولزمه بيعه كيلاً بالكيل المعهود.

وإذا كان المال ربويّاً؛ أي طعاماً يدخر للاقتيات غالباً أو مطلقاً، كالبر والتمر، وبيع بجنسه لم يجز إلا مثلاً بمثل، ولم يجز التفاضل بينهما؛ لقوله ﷺ في حديث عبادة بن الصامت: «**الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلاً بِمِثْلٍ سَوَاءً بِسَوَاءٍ**». أخرجه مسلم. ولا يتحقق التماثل في العوضين من ذلك الطعام، إلا أن يتماثلا في المعيار الذي يقدر به في عرف الناس، وزناً في الموزون وكيلاً في المكيل، وإن كان الوزن أدق وأحصر في معرفة قدر الشيء.

فَصْلٌ
في بيع الأعيان الغائبة

يجوزُ بَيْعُ الأعيانِ الغائبةِ عن مجلِسِ العَقْدِ، إذا سبقتْ للمشْتَرِي رؤيتُها، في مدَّةٍ لا تَتَغَيَّرُ في مثلِها عادةً(١)، أو إذا وصَفَها

= وإنما كان المرجعُ في معرفة المكيل والموزون من الأموال المقدرة، العرفَ القائمَ في بلد التبايع وزمنِه؛ لأن الشارع لم يزد على اشتراط التماثل كما سلف في حديث عبادة، والتماثلُ إنما يعرف من تعامل الناس، وما تعارفوه في التقدير. وأيضاً فإن الشارع لم يَرِدْ بتعيين البُرِّ مكيلاً أو موزوناً، ولا يتعلق مراده بأن يكون مقدراً بكيل أو وزن، وإنما يتعلق بأن يكون القدر معلوماً لدى المتبايعين، حتى تنتفي الجهالة والغرر والخطر، وينتفي الربا في بيع الشيء بجنسه إذا كان مالاً ربوياً. فلما كان ذلك كذلك، واتفق أنْ كان أمرُ الناس على عهد رسول الله ﷺ، جارياً على أن البُرَّ مكيلٌ، كان المعتبرُ في تقديره الكيلَ دون الوزنِ، ولم يكن ذلك مانعاً من أن يصير موزوناً إذا تغير العرف بالمكان، أو بالزمان كما في زماننا.

واحتج المخالف بما أخرجه أبو داود عن ابن عمر: أن رسول الله ﷺ قال: «**الْوَزْنُ وَزْنُ أَهْلِ مَكَّةَ، وَالْمِكْيَالُ مِكْيَالُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ**». فقال: هذا الحديث يدل على أن المعتبر في معرفة المكيل والموزون في المقدرات، ما كان معهوداً في الحجاز في زمن رسول الله ﷺ، وما كان معروفاً في بلاد أخرى أو في زمن آخر، كالبطاطا والأرز، رُد إلى أشبه الأطعمة به في الحجاز في الزمن الأول. ولا دليل في الحديث لمن تأمله إلا على توهين وتكلف في التأويل. وإقرارُ الناس على ما تعارفوه من المكيلات والموزونات، أولى من تكلف ردها إلى ما يشبهها في الحجاز في الزمن الأول. وقد ترجم البخاري أحد أبواب كتاب البيوع بقوله: باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة. اهـ.

(١) وهذا يختلف باختلاف صفات المبيع، فما يتسارع إليه التغير يعتبر =

له البائعُ وصْفاً يَنْفِي عَنْها الجَهالَةَ(١).

ويستمِرُّ ضمانُها من البائعِ، حتَّى يقبضَها المشْتَرِي(٢)، إلَّا

= فيه ما يليق به، والعقارُ وما يَبعدُ تغيُّره يراعى فيه ما يغلب تغيره فيه.

فإذا تقادمت الرؤية حتى كان الزمان الفاصل بينها وبين العقد، تتغير في مثله تلك العين في الغالب، فهو شراءُ غائبٍ، فلم يجز إلا أن يراها المشتري أو يصفها له البائع وصفاً يجليها بنعتها وماهيتها، أو يشترط المشتري عليه الخيار بعد الرؤية في أحد القولين في المذهب. قال البراذعي في «التهذيب»: ومن رأى سلعة أو حيواناً غائباً منذ مدة تتغير في مثلها، لم يجز له شراؤها إلا بصفة مؤتنفة، أو على أنه بالخيار إذا رآها، ولا ينقد ثمنها. وإن كانت لا تتغير في تلك المدة جاز البيع.اهـ.

والدليل على جواز بيع العين الغائبة عن المجلس إذا تقدمت رؤيتها للمشتري، أن الرؤية السابقة على العقد، كالرؤية المقارنة له فيما لا يتغير مع الزمن، وفيما يتغير معه إذا كانت المدة قصيرة لا تحتمل التغير في مثل تلك العين، إذ كلاهما يحصل منه العلم بالمبيع.

وفي المذهب قول آخر بعدم جواز بيع العين الغائبة إلا على الصفة، ذكره الشيخ خليل في «التوضيح»، واختاره القاضي عبد الوهاب البغدادي، وصححه ابن رشد. والأول هو المعتمد في الفتوى.

(١) والصفات التي يجب بيانها، ما تتعلق الرغبة بها عادة، وتختلف الأثمان بوجودها وعدمها.

والدليل على صحة بيع العين الغائبة اعتماداً على مجرد الوصف، أن الصفة الصحيحة الكاملة تقوم مقام الرؤية والمعاينة في حصول العلم بالمبيع، ولم يرد في الشرع ما يدل على المنع، فجاز البيع. ودلت السنة على أن الوصف قد يكون كالرؤية، في قول النبي ﷺ: «**لَا تُبَاشِرُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ، فَتَنْعَتَهَا لِزَوْجِهَا كَأَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَيْهَا**». أخرجه البخاري عن ابن مسعود. فشبه المبالغة في الوصف بالنظر، وأعطاه حكمه من الحرمة.

(٢) وإذا كان ضمانها منه فنماؤها له؛ لخبر: «**الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**». =

العَقارَ فضَمانُهُ من البائعِ إلَّا أن يشترِطَهُ على المُبتاعِ، ولا خيارَ لهُ بعد الرؤْيةِ والقبْضِ، إلَّا أن يجدَها مخالفةً للوصْفِ[١]. ولا يجوزُ للبائعِ أن يتعجَّلَ الثمنَ من المشْتَرِي قَبْلَ القبضِ، إذا كان ذلك على

= وهذا استثناء من الأصل؛ وهو أن ضمان المبيع ينتقل إلى المشتري بمجرد العقد، ولا يتوقف على القبض. فمن اشترى عيناً غائبة بناء على رؤية متقدمة، فهلكت قبل القبض، أو سرقت أو غصبت، فهي من البائع إلا أن يشترط في العقد أنها من المشتري؛ لأن المبيع إذا كان غائباً، كان للمشتري على البائع فيه حق توفية، كمن اشترى قدراً معلوماً من مكيل أو موزون أو مذروع، فإن على البائع أن يوفي المشتري المبيع بإجراء التمييز من كيل أو وزن أو ذرع؛ لأن المبيع ما لم يتميز ليتمكن المشتري من قبضه فهو من ضمان البائع، والمبيع الغائب في غيبته بمنزلة غير المتميز.

وما بيع على الوصف بمنزلة ما بيع على رؤية متقدمة في هذا الحكم؛ عليه ضمانه وله نماؤه، إلا أن يشترطه على المشتري، ولا يجوز فيه نقد الثمن، حتى تستقر الصفقة؛ لاحتمال أن تكون هالكة حين عقد الصفقة عليها، فيكون ثمنُها إذا نُقِد، سلفاً للبائع. قال في «التهذيب»: وما ثبت هلاكه من السلعة الغائبة بعد الصفقة، وقد كان يومَ الصفقة على ما وُصف للمبتاع، أو على ما كان رأى، فهي من البائع، إلا أن يشترط أنها من المبتاع، وهو آخر قولي مالك، وكان يقول: إنها من المبتاع إلا أن يشترط أنها من البائع حتى يقبضها، ثم رجع إلى هذا. والنقصُ والنماءُ كالهلاك في القولين، وهذا في كل سلعة غائبةٍ بعيدةِ الغَيبةِ أو قريبةٍ، خلا الدور والأرضين والعقار، فإنها من المبتاع من يوم العقد في القولين جميعاً، وإن بعدت. اهـ.

(١) وكذلك إذا وجدها على خلاف ما يعرفها به من الرؤية السابقة؛ لأن وجودها على خلاف الصفة أو الرؤية السابقة، بمنزلة وجود عيب في المبيع لم يطلع عليه المشتري، فيوجب له الخيار.

وجْهِ الشَّرطِ[١]؛ ويجوزُ إذا تطوَّعَ بهِ المشْتَرِي ولم يكنْ في البَيْعِ اشتراطُ الخيارِ.

---

(١) وجملة القول في هذه المسألة: أن المبيع إذا كان غائباً، فلا يخلو أن يباع على رؤية متقدمة أو على الوصف.

فإن بيع على رؤية متقدمة: فإما أن تكون غيبته بعيدة بحيث لا يمكن الاطلاع عليه إلا بعد ثلاثة أيام فأكثر، أو تكون قريبة وهو ما كان دون ذلك، كالحاضر في البلد، الغائب عن مجلس العقد. ففي الأول لا يجوز تعجل الثمن من المشتري على وجه الشرط، بخلاف الثاني؛ لأن البائع إذا اشترط تعجيل قبضه، لم يخلُ من أن يكون المبيع حين عقد الصفقة عليه سالماً أو هالكاً؛ فإن كان سالماً كان المقبوض ثمناً له، وإن كان هالكاً كان على حكم السلف، فكانت الصفقة مترددة بين البيع والسلف، فكانت وجهاً من: بعني وأسلفني، وقد ثبت النهي عن بيع وسلف. ولأن المبيع قد يكون سالماً في أصله، ويجده المشتري قد تغير عن الصفة التي علمها منه أولاً، فلم يلزمه البيع كالمشترَى على خيار الشرط أو خيار الرؤية، فيكونُ ما عجله للبائع متردداً بين الثمنية إذا اختار الإمضاء، وبين السلفية إذا اختار الرد، فلم يجز كذلك. فإن تطوع المشتري فعجل الثمن للبائع من غير اشتراط عليه، جاز لانتفاء المانع؛ لأنك لو بايعت رجلاً، ثم أسلفته أو أسلفك لم يمتنع ما دام السلف غير مشروط في الصفقة، وإذا جاز أن يسلفه سلفاً مطلقاً جاز أن يسلفه الثمن. وهذا في غير العقار؛ لأنه مأمون التغير غالباً، فيجوز اشتراط تعجل الثمن في بيعه غائباً على سبق الرؤية.

وأما ما بيع من الأعيان الغائبة على وصف البائع: فلا يجوز تعجل الثمن فيه مطلقاً، إذا كان ذلك على وجه الاشتراط دون تطوع المشتري به؛ لاحتمال أن يكون الوصف غير مطابق، فيثبت فيه الخيار للمشتري، فأشبه البيع المشتمل على خيار الشرط.

ويجوزُ بَيْعُ الأعْمَى وشراؤُه، إذا وُصفَ له المبيعُ، أو كان معه مَنْ يقومُ مقامَه في رؤيتِهِ(١).

فَصْلٌ
في بيع الثمار

يجوزُ بَيْعُ البقولِ التي تُثمرُ في باطنِ الأرضِ، كالجَزَرِ، والفُجْلِ وهو اللِّفْتُ، والبَطاطا، والبَصَلِ، والثُّومِ، حالَ غيابِها في التُّرابِ، جزافاً بِحَزْرِ مساحةِ الحقْلِ لمعرفةِ القَدْرِ، وفتْحِ حُفْرةٍ لمعرفةِ الصِّفَةِ(٢).

---

(١) وقال الشيخ أبو بكر الأبهري: إن خُلق أعمى ـ وهو الأكمه ـ فلا يجوز له بيع ولا شراء.

وإنما جاز بيع الأعمى وشراؤه في الجملة؛ لأن المقصود من العلم بالمبيع هو حصول الرضا، والأعمى يتعرف الشيء إما بالشم والذوق في المشمومات والمطعومات، فيستوي في ذلك مع البصير، وإما باللمس في تعرف الخشونة والليونة، فكذلك، وإما بالخبر في الألوان والأشكال والأبعاد، وهو أقصى ما يمكن أن ينتهي إليه علمه وينبني عليه رضاه، فجاز له البيع والشراء على هذا، كما جاز للبصير فيما تخفى عليه أشياء دقيقة من صفات المبيع.

ووجه قول الأبهري: أن الأكمه، لا يتصور الأشياء في الأبعاد والأشكال والألوان، فلا مطمع له في الحصول على العلم بالمبيع وصفاته. وجوابه: أن أقصى ما يقدر عليه الأكمه من العلم بالشيء الوصف، ورضاه ينبني على أقصى ما يقدر عليه من العلم، لا على الإحاطة الدقيقة بالشيء، فلا يكون رضاه مختلّاً. والله أعلم.

(٢) ولا بد من مراعاة بدو الصلاح فيها، وإلا لم يجز؛ للنهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها.

=

ويجوزُ بَيْعُ سائرِ البُقولِ والخُضْرواتِ الظاهرةِ في مزارِعِها، كالفُليفِلةِ، والطماطمِ، والباذِنْجانِ، والخَسِّ، والخيارِ، وغيرِه من المقاثِئِ والمباطِخِ، إذا بدا صلاحُها ولو في البعضِ، وكانتْ ثمرَتُها ظاهرةً يتأتَّى فيها الحَزْرُ.

ويجوزُ بَيْعُ القمْحِ وسائرِ الحبُوبِ المستترةِ في أكمامِها، جزافاً قائماً في حقولِهِ(١)، وحصيداً إذا كانتْ حُزَمُه مصفوفةً(٢).

= ودليل جواز بيعها عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، مع انتفاء المانع؛ فإن غيابها في الأرض لا غرر فيه، ولا جهالة، فقدره معلوم بحزر مساحته، فأشبه بيع الزرع قائماً في حقوله. وصفته معلومة أيضاً برؤية حفرة منه، فإنها دالة على صفات الباقي الذي لم يُرَ، فأشبه ما لو باع مثليّاً برؤية نموذج منه، وما لو باع حبّاً في سنبله على صفة ما أُفْرِك منه، فإن ذلك جائز. ولأن في المنع من بيعه حتى يقلع ضرراً وحرجاً، مع الفساد الذي يلحقه في قلعه كله في وقت واحد.

(١) إذا اشتد بالابيضاض، وأمكنت الإحاطة به حزراً. ولا يجوز بيعه إلا مع سنبله؛ لأن إفراد الحب دون السنبل بالعقد، بيعٌ لجزاف من غير تحقق الرؤية للمبيع؛ لأنه مستور في قشر السنبل. قال الباجي في «المنتقى»: لا خلاف في عدم جواز ذلك.

ودليل جواز بيع الحب في سنبله قائماً في الحقل، حديثُ عبد الله بن عمر: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن بيع السنبل حتى يبيض وتؤمن العاهة، نهى البائع والمشتري. أخرجه مسلم. **العاهة**: الجائحة مما يُهلك الثمارَ. فقد دل الحديث بمنطوقه على عدم جواز بيع السنبل قبل الابيضاض واليبس، ودل بمفهومه على الجواز بعد ذلك، وظاهره يشمل القائم في الحقول والحصيد. ولأنه مأكول دونه حائل من أصل الخلقة، فكان كالرمان والبيض والباقلاء (الفول) في قشرته السفلى.

(٢) فأما المنفوش والمكدس بعضه على بعض تكديساً يتجافى عن الحزر، فلا يجوز بيعه.

ويجوزُ بَيْعُ الفُولِ وهو الباقِلَّاءُ، والجُلبانِ وهو البازِلَّاءُ، والجوزِ واللَّوزِ، وسائرِ الثمارِ المستترةِ في قشرتِها، جزافاً إذا كانتْ مجذوذةً، ولا يجوزُ بَيْعُها قائمةً في أشجارِها إلَّا بكيلٍ أو وزنٍ معلومٍ[(١)].

---

(١) فأما بيع الثمار المستترة في قشرتها الخارجية ـ وتسمى الصوان ـ من مثل ما ذكرنا، وكذلك الجَوز واللَّوز والبندق، فيجوز من دون اشتراط نزع قشرتها؛ لأن الساتر من أصل الخلقة فلم يكن مغيباً لها، كالبيض والرمان والموز، ولما في اشتراط ذلك من المشقة والحرج المنفي في الشريعة.

وأما بيعها جزافاً، فيجوز إذا كانت منزوعة القشرة الخارجية، أو تناول العقد الثمرة مع قشرتها، مع توفر الشروط الأخرى لبيع الجزاف. وأما إذا تناول الثمرة دون القشرة فلا يجوز؛ لما فيه من بيع جزاف لم ير، كما سبق التنبيه عليه في بيع حب السنبل.

وإذا تبين جواز بيع الثمار جزافاً في قشرتها، فإن ذلك ليس على إطلاقه، فإنه إن كان معلقاً في أشجاره لم يجز إذا كان مما يخلق في جميع الساق كالفول والجلبان، أو كان مما يستتر بورقه كالخوخ؛ لتجافيه عن الحزر. وأما شراء كيل أو وزن معلوم منه، فيجوز كما ذكر. والله أعلم.

• **تتمة في بيع الزروع والثمار المتعددة البطون:**

الثمار ذات البطون المتعددة، كبعض المقاثئ والورد والياسمين، يجوز بيع جميعها صفقة واحدة، إذا كان محصولها ينتهي بأمد معين، وتكون البطون غير المخلوقة عند العقد، تابعة للبطن الأول. وأما إذا كان نوع المزروعات أو الثمار المبيعة لا ينقطع، كالموز والنعناع، فلا بد من تحديد كمية ما تناوله العقد بضرب أجل معلوم كشهر أو نصف سنة.

قال مالك في «الموطأ»: والأمر عندنا في بيع البطيخ والقثاء والخربز والجزر، أن بيعه إذا بدا صلاحه حلال جائز، ثم يكون للمشتري ما يُنبت حتى ينقطع ثمره ويهلك (أي: ينتهي)، وليس في ذلك وقت مؤقت، وذلك أن وقته معروف عند الناس.اهـ.

فَصْلٌ
في بيع الأصول والثمار قبل بدو صلاحها

يجوزُ بَيْعُ الثِّمارِ، تبَعاً لأُصولِها من الأشجارِ، مُطلقاً[١]. ولا يَجُوزُ إفرادُها بالبَيْعِ، ولا استثناؤُها من بَيْعِ أُصُولِها، إذا لم يَبْدُ صَلاحُها، إلَّا عَلى شَرْطِ القطْعِ لها إثْرَ العَقْدِ[٢].

---

(١) يعني سواء كانت بالغة حد النضج، وهو المعبر عنه ببدو الصلاح، أم كانت دون ذلك. وإذا جاز بيعها تبعاً لأصولها من الأشجار فأحرى أن تجوز إذا بيعت أصولها تبعاً لأرضها. وفي كونها تابعة لأصولها في العقد، أو خارجة عنها، تفصيل يرجع إلى إبَّارها كما سيأتي.

(٢) فإذا بدا صلاحها جاز بيعها مطلقاً، سواء اشترط فيها القطع الفوري، أو التبقية، أو سُكت عن ذلك.

فأما تحريم بيع الثمار قبل بدوّ صلاحها، وتحريم استثنائها من بيع أصولها، فثابت بحديث ابن عمر، أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمشتري. أخرجه مالك والشيخان. وأخرجوا أيضاً عن أنس بن مالك، أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تُزهي. فقيل له: يا رسول الله، وما تزهي؟ فقال: «**حِينَ تَحْمَرُّ**». وفي رواية للبخاري عنه، عن النبي ﷺ: أنه نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، وعن النخيل حتى يزهو، قيل: وما يزهو؟ قال: «**يَحْمَارُّ أَوْ يَصْفَارُّ**». ولمسلم من حديث ابن عمر: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض وتُؤمَنَ العاهة، نهى البائع والمشتري.

فجملة هذه الأحاديث وتفاصيلها، تفيد أنه لا يجوز بيع الثمار قبل بدوّ صلاحها؛ لأنها غير مضمونة السلامة من العاهة، كما أوضحت بعض روايات الحديث، وهو نوع من الغرر المقصود الذي لا يجوز أن تشتمل عليه العقود. قال مالك في «الموطأ»: بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها من بيع الغرر. اهـ.

وهذا إذا اشتُرِيتْ على أن تبقى حتى تشتد وتنضج، فأما إن اشتُرِيتْ على =

ويختَلفُ بُدُوُّ الصَّلاحِ باختلافِ أنواعِ الزُّروعِ والثِّمارِ؛ ففي ما يَتَلوَّنُ بالطِّيبِ كالبَلَحِ يكونُ بالزُّهُوِّ(١)، وَفي ما لا يَتَلوَّنُ، كبعضِ أنواعِ التِّينِ والعِنبِ، بِظُهورِ الحَلاوةِ في طَعْمِهِ، وفي ذَواتِ الزُّهورِ؛ كالورْدِ واليَاسَمِينِ، بانْفتاحِ الأكْمامِ، وفي البُقُولِ بالإطْعامِ(٢).

وأما الزُّروعُ؛ كالبُرِّ والشَّعيرِ، فباليَبْسِ والاستِغناءِ عن الماءِ.

وإذا ظهَرَ الطِّيبُ في شجَرةٍ من البُستانِ، جازَ بَيْعُه كلِّه دونَ انتظارِ تكاملِ طيبِهِ(٣).

= أن تُقطع من فورها، فتجوز كما بينت، إذا كان في قطعها حاجة ونفعت، كالحصرم. والدليل على ذلك من الأحاديث السابقة، أن النهي عنها معلل بالغرر كما قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ، وكما يدل عليه صراحة حديث أنس في «الموطأ»: «**أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ، فَبِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟**». وهذه هي العلة التي بنى عليها جمهور العلماء قولهم بجواز بيع الثمار قبل بدوّ صلاحها بشرط القطع، لانتفاء الغرر في هذه الحالة. وحكى النووي في «شرح مسلم» الإجماع على الجواز، فقال: إن باع الثمرة قبل بدوّ صلاحها بشرط القطع صح بالإجماع. اهـ. وقال ابن عبد البر في «التمهيد»: هذا أمر لم يختلف فيه.

(١) وهو الاحمرار أو الاصفرار كما في الحديث السابق. وكذلك احمرار لب البطيخ الأخضر، واصفرار قشر البطيخ الأصفر، واسوداد العنب الأسود.

(٢) وهو الانتفاع بها في الحال.

(٣) وهذا فيما كان طيبه متتابعاً متلاحقاً، أما ما كان من باكورة الثمار، فلا يجوز؛ لأنه ليس بداية لطيب البقية.

وإنما جاز بيع ثمار البستان كله بطيب بعضه؛ لأن الله ﷻ أجرى العادة بطيب الثمار على التدرج؛ رفقاً بالعباد، فإنها لو طابت دفعة واحدة، لم يكمل تفكههم بها، ولو اشترط في كل ما يباع طيبه في نفسه لكان فيه ضرر ومشقة =

ومَنْ باعَ نخلاً قد لُقِّحَتْ، فثمَرَتُها للبائعِ، إلَّا إذا اشترطَها المشْتَرِي، وإلَّا كانتْ للمشْتَرِي[1]، وَلا يجوزُ للبائعِ

= مفرطة، ولامتنع بيعه إلا عند انقضائه، وهو وقت فوت بيعه واستغناء المشتري عنه.

ويجوز بيع ثمار بستان لم يبدُ صلاحها، بطيب ثمار بستان مجاور ولو كان مملوكاً للغير إذا كانت من جنسها؛ لأن الحائط الفاصل بينهما كالجدول الفاصل بين صفين من النخيل، فلم يكن له أثر في هذا الحكم.

(١) لحديث ابن عمر: أن رسول الله ﷺ قال: «**مَنْ بَاعَ نَخْلاً قَدْ أُبِّرَتْ، فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ**». أخرجه مالك والشيخان. قال القاضي عياض في «إكمال المعلم»: الإبار في النخل والتذكير لها، هو أن يُجعل في طلعها أولَ ما يطلع، من طلع فحل النخل، ويُغلق عليه لئلا يسقط. وهو اللقاح أيضاً. يقال: أبَرْتُ النخل أأْبُرُه، مخفف. وأبَّرْتُه أيضاً. وقال ابن حبيب: الإبار: شق الطلع عن التمرة. اهـ.

دل الحديث على جملة فروع؛ منها: جواز بيع الثمار تبعاً لأشجارها، وإن لم تكن بادية الصلاح. ومنها أن الثمرة إن لم تكن مؤبرة دخلت في ملك المشتري دون حاجة إلى اشتراطها، أما إن كانت قد أبرت فلا تدخل إلا بالشرط.

وإذا كان بعض الثمر مؤبراً وبعضه غير مؤبر؛ نُظر فإن تساويا انفرد كل واحد بحكمه، فالمؤبر للبائع إلا أن يشترطه المشتري فيجوز تبعاً لأصله، وغير المؤبر للمشتري وإن اشترطه البائع؛ لأن اشتراطه إذ ذاك بمنزلة شرائه، ولا يجوز شراء الثمرة بتلك الحال إلا تبعاً لأصلها. وإن كان المؤبر أكثر، فهو كما لو كان كله مؤبراً، ويلغى حكم الأقل الذي لم يؤبر، تغليباً لحكم الجُلّ على الأقل. وإن كان المؤبر أقل ألغي حكمه على الانفراد، وتبع الأكثر الذي لم يؤبر، فلم يجز للبائع اشتراطه.

اشتراطُها(١). وانعقادُ الثَّمَرِ في غيرِ النَّخيلِ من الأشجارِ المثمرةِ، يَجرِي مَجْرَى التلقيحِ في النَّخيلِ(٢).

فَصْلٌ
في ضمان جوائح الثمار

مَن اشتَرى زرْعاً قائماً في حقلِهِ، أو ثَمَراً في شجَرِه، فأصابتْهُ جائحةٌ قَبْلَ التمكُّنِ من الحصادِ والجَذَاذِ، فهو مِن ضمانِ البائعِ، إذا أصابتْ منه الثُّلُثَ فأكثَرَ(٣).

---

(١) لأنها لا تستقل بالحكم، كالجنين في بطن أمه.

(٢) وفي الزرع: خروجه من الأرض على المشهور، وهو قول أشهب، وقال ابن القاسم: إذا أفرك.

(٣) ومعنى وضع الجوائح: أن يرد البائع للمشتري من الثمن حصة المقدار المجتاح من الثمار، فإذا أصاب الصقيع الثمار، مثلاً، بنسبة (٧٠٪)؛ فعليه أن يرد للمشتري (٧٠٪) من الثمن.

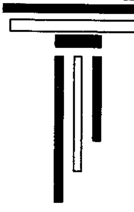
والأصل أن المبيع مضمون على المشتري من يوم العقد، إلا ما فيه حق توفية. وإنما استثنيت ثمار الحقول والبساتين، لما أخرجه مالك عن أبي الرجال: محمد بن عبد الرحمٰن، عن أمه عمرة بنت عبد الرحمٰن: أنه سمعها تقول: ابتاع رجل ثمر حائط، في زمان رسول الله ﷺ، فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان، فسأل رب الحائط أن يضع له أو يُقيله. فحلف أن لا يفعل. فذهبت أم المشتري إلى رسول الله ﷺ، فذكرت ذلك له. فقال رسول الله ﷺ: **«تَأَلَّى أَنْ لَا يَفْعَلَ خَيْراً»**. فسمع بذلك رب الحائط، فأتى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله، هو له. وظاهر الحديث لا يدل على وجوب الحط؛ لأنه إنما أنكر عليه حَلِفَه أن لا يفعل خيراً؛ والخير مندوب إليه، فلا يليق بالمسلم أن يجعل الله عُرضة لأيمانه أن يفعله. وإذ كان كذلك، فلم يلزمه الحط، كالوضع من الدين والإبراء منه. ولكن بينه ما أخرجه مسلم من حديث جابر بن =

والجائحةُ كلُّ عدوانٍ لا يُمكنُ دفعُهُ، كالبَرَدِ، والثَّلْجِ، والصَّقيعِ، والعَفَنِ، والسَّمُومِ، والجَرَادِ، والدُّودِ، والفئْرانِ. ومن الجوائِحِ الجيشُ يغزُو القريةَ أو البلَدَ.

* * *

= عبد الله، أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**لَوْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَراً، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ، فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئاً؛ بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ؟**». وفي رواية أخرى له: أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح. وهو أصرح وأوضح.

وأما اشتراط كون المجتاح ثلثاً فأكثر، فنص عليه مالك في «الموطأ» فقال: والجائحة التي توضع عن المشتري الثلث فصاعداً، ولا يكون ما دون ذلك جائحة. اهـ. وإنما اشترط ذلك مع أن الحديث أطلق الحكم عن هذا التقدير؛ لأن المشتري دخل في العقد على أنه لا بد من تلف يسير بسبب أكل العوافي من البهائم والطير، وسقوط اليسير، وغير ذلك ممّا يُعلم بضرورة العادة أن المشتري لم يدخل على سلامتها منه، فكذلك في يسير الجوائح. ولأن الآفة لا تسمى جائحة حتى تكون فادحة ذات خطر وبال. فإذا ثبت ذلك احتيج إلى تحديد القدر الفاصل بين القليل والكثير، فكان الثلث حدّاً مناسباً للفصل؛ لأنه جعل في الشرع حدّاً فاصلاً بين القليل والكثير في كثير من الأحكام، ومنها الوصية، فقد قال النبي ﷺ لسعد: «**الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ**».




باب البيوع المنهي عنها[(١)]

نهَى الشَّرْعُ عن جُملةٍ من بيوعٍ مُسمَّاةٍ بأسمائِها أو مخصوصَةٍ بصفاتِها؛ منها: بَيْعُ الغرَرِ، والحصاةِ، والملامَسةِ والمنابَذةِ، وبَيْعُ المضامينِ والملاقيحِ، وحَبَلِ الحَبَلةِ وعسيبِ الفحْلِ، والمزابنةِ، وبَيْعُ اللَّحمِ بالحيوانِ، وبَيْعُ الدَّينِ بالدَّينِ، وبَيْعُ المسلِم على بَيْعِ أخيهِ، إذا ركنَ إلى البائعِ، وقرُبَ اتفاقُهما[(٢)].

---

(١) كل بيع نهى الشارع عنه، ولم يقترن به من القرائن ما يدل على صحته، فهو فاسد لموجب النهي، قال ابن شاس: وعندنا أن مطلق النهي عن العقد، يدل على فساده إلا أن يقوم دليل. هكذا حكى القاضي أبو محمد ـ يعني: عبد الوهاب ـ عن أهل المذهب. اهـ. وهو حرام أيضاً؛ لأن النهي يقتضي التحريم في المنهي عنه، إلا لقرينة تصرفه للكراهة. وعلى هذا؛ فأكثر البيوع المذكورة في هذا الباب فاسدة، مستوجبة للفسخ، إلا ما نبينه.

(٢) وأوضِّح هذه البيوع وفق التفصيل الآتي:

١ ـ بيع الغرر:

ورد النهي عنه فيما أخرجه مالك عن أبي حازم، عن سعيد بن المسيب مرسلاً: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر. قال ابن عبد البر في «التمهيد»: وهو حديث يتصل ويستند من حديث أبي هريرة بنقل الثقات الأثبات. اهـ. ومن ذلك ما أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وبيع الغرر.

والغرر: كل ما انطوى على جهالة في الثمن أو المثمون، أو كان =

....

= محتمل الوجود والعدم في المستقبل، أو محتمل السلامة وعدمها.

ومن **صوره**: بيع ما في بطون الأمهات، والعبد الآبق، والجمل الشارد، وضربة الغائص والقانص. **ومن صوره أيضاً**: ما تعذر تسليمه في الحال، كالطير في الهواء والسمك في الماء.

وقد ذكر مالك رَحِمَهُ اللَّهُ في «الموطأ» أمثلة كثيرة لما يقع فيه الغرر والمخاطرة من البيوع، من ذلك: بيع ما في بطون الحوامل من الأجنة، أو بيع الحوامل واستثناء ما في بطونها، ومبادلة الزيتون بالزيت، وضمان الخسارة للمبتاع في إعادة البيع؛ مثل أن يبيع شخص لآخر سلعة بألف، ويَشْرَط له: إن بعتها بأقل من ثمنها، فأنا أضمن لك الخسارة. فهذا لا يجوز، ويفسخ البيع، وللمشتري أجرة مثله في إعادة بيعها. فإن ضمن له الخسارة بعد العقد، فلا مانع من ذلك؛ لأنه معروف وإحسان.

● **فرع**:

إذا باع صبرة من طعام أو غيره بمئة درهم مثلاً، على أن فيها مئة صاع، وهو لا يعلم مكيلتها على التحقيق، لم يجز فيما يظهر. فقد ذكر الباجي في ترجمة ما يجوز في استثناء الثمر، من كتاب البيوع من «الموطأ»، أن الرجل إذا باع ثمر حائطه، على أن فيه كذا وكذا صاعاً، على التحري، لم يجز، وحكاه عن ابن الجلاب. وذكر أن القاضي عبد الوهاب علل المنع بأن التَّحري فيه من باب الغرر. قال: وقاسه على الصبرة من الطعام، لا يجوز بيعها على التحري، على أن فيها عددَ أصُوعٍ. ووجه هذا عندي: أن الاعتبار في مقدار ما يبيعه بالتحري والكيل، يكثر فيه الغرر والخطر؛ لاجتماعهما. اهـ.

وأزيد هذه الجملة إيضاحاً فأقول: إذا كان المبيع من المكيلات أو الموزونات، لم يجز أن يباع حتى يعلم البيعان قدره بالكيل أو الوزن، ولا يباع جزافاً إلا بشروطه النافية عنه الغرر والجهالة. وكذلك في المذروعات والمعدودات التي لا تقصد أفرادها. ومتى تبايعا السلعة على أحد الحكمين، =

....

= سقط اعتبار الحكم الآخر؛ فإما أن يتبايعاها جزافاً، ولا يُنظر إلى ما خرج من مكيلتها أو وزنها، وإما أن يتبايعاها على حساب: الصاع أو الكيلو بدرهم مثلاً، ولا يُنظر إلى جملتها كم يخرج منها.

فإن باع السلعة لا على حكم التقدير، ولا على حكم الجزاف، لم يجز، كما سلف في مثال بيع ثمر الحائط وصبرة الطعام؛ لأنهما لما دخلا على أن مبلغها كذا وكذا، كان القدر مقصوداً في عقدة البيع، ولما كان مبنياً على التحري المجرد، كان مشتملاً على غرر وخطر؛ لأنه قد يخرج أقل أو أكثر. وهذا معنى ما ذكره القاضي في تعليل المنع. والله أعلم.

● **فرع:**

وهذا إذا كان البيع لازماً لا خيرة فيه، فإن باعه الصبرة على أنه إن وجدها كما قال البائع، وإلا فهو بالخيار، فالظاهر أن البيع صحيح؛ لأن بيع الخيار مضاف إلى ما بعد الاختيار، فكان منعقداً على ما يعلمه المشتري ويرضاه، فكان سالماً من الغرر والخطر والجهالة. ويحتمل أن لا يصح إلا أن يجعل البائع الخيار لنفسه بعد الكيل والوزن؛ لأن العلم بالمبيع في جنسه وصفته وقدره، مشروط في البائع والمشتري معاً، وهذا باع ما لم يعلم قدره، بيعاً لازماً من جهته، فلم يجز للجهالة. والله أعلم.

٢ ـ بيع الحصاة:

ورد النهي عنها في حديث أبي هريرة السابق من رواية مسلم.

وبيع الحصاة يتردد في معناه بين أربع تفسيرات، كما قال الشيخ خليل في «المختصر»: وَهَلْ هُوَ بَيْعُ مُنْتَهَاهَا، أَوْ يَلْزَمُ بِوُقُوعِهَا، أَوْ عَلَى مَا تَقَعُ عَلَيْهِ بِلَا قَصْدٍ، أَوْ بِعَدَدِ مَا تَقَعُ؟ تَفْسِيرَاتٌ. اهـ. **الأول**: كأن يبيعه من أرضه قدر ما انتهت إليه رمية الحصاة، ففيه جهالة للمبيع؛ لاختلاف قوة الرامي وعوائق الرمي. **والثاني**: كأن يمسك أحدهما، أو غيرهما، حصًى بيده، ويقول: متى وقعت من يدي فالبيع لازم، ففيه خيار مجهول الأجل. وذلك إذا كان وقوعها بغير اختياره، وأما باختياره فجائز إذا كان ذلك في مدة معلومة، كمن الفجر =

....

= إلى طلوع الشمس أو إلى زوالها. **والثالث**: كأن يَلزَمَ البيعُ على ما تقع عليه الحصى من الثياب المختلفة، ففيه جهالة في تعيين المبيع. **والرابع**: كأن يَلزَمَ البيعُ بثمن يتحدد بعدد ما يقع من يده من الحصى، ففيه جهالة في مقدار الثمن.

واللفظ المجمل إذا لم تكن معانيه المحتملة متنافية، وجب حمله على جميعها ـ كما في «البحر المحيط» للزركشي ـ فكانت الصور الأربع التي يحتملها معنى بيع الحصاة، كلها منهيّاً عنها وباطلة.

٣ ـ بيع الملامسة والمنابذة:

ورد النهي عنهما بما أخرجه مالك، واتفق عليه الشيخان، عن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة.

قال مالك: **والملامسة**: أن يلمس الرجلُ الثوبَ، ولا ينشره ولا يتبين ما فيه، أو يبتاعه ليلاً ولا يعلم ما فيه. **والمنابذة**: أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه، وينبذ الآخرُ إليه ثوبه على غير تأمل منهما، ويقول كل واحد منهما: هذا بهذا. فهذا الذي نُهي عنه من الملامسة والمنابذة. اهـ.

وإنما يمتنع هذان البيعان إذا كانا على اللزوم، فإن اشترط فيهما الخيار جاز؛ لأنه إذا اشترط له أن يختار بعد أن يتبين السلعة، ويطلع على حقيقة العوض، فقد انتفى بذلك المعنى الذي لأجله نهي عنه، وهو الغرر والخطر والجهالة. ويؤيد هذا التقييد ما وقع في رواية مسلم للحديث السابق، عن أبي سعيد الخدري بزيادة: **والملامسة**: لمس الرجل ثوبَ الآخر بيده، بالليل أو بالنهار، ولا يُقَلِّبه إلا بذلك. **والمنابذة**: أن ينبذ الرجل إلى الرجل بثوبه، وينبذ الآخَرُ إليه ثوبه، ويكون ذلك بيعهما من غير نظرٍ ولا تراضٍ. وقوله: **«مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ وَلَا تَرَاضٍ»** معناه: أن يفعلا ذلك على أن البيع يلزم بنفس النبذ واللمس، فإن فعلاه على أن كل واحد منهما بالخيار فيما صار له عند زوال الظلام، ونشر الثوب وتقليبه، فإن رضيه أمسكه وإن سخطه رده، فهو بيع جائز. هذا معنى ما قاله القاضي عياض في «إكمال المعلم». وذلك أن بيع =

....

= المجهول جائز عندنا إذا كان على شرط الخيار عند الرؤية؛ لأن الشرط ينفي عنه الجهالة، ويصيره بيع معلوم؛ لأن بيع الخيار ينعقد بالاختيار لا بالإيجاب.

٤ ـ بيع المضامين والملاقيح:

ورد النهي عنهما بما أخرجه مالك عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب: أنه قال: لا ربا في الحيوان، وإنما نُهي من الحيوان عن ثلاثة: عن المضامين، والملاقيح، وحَبَل الحَبَلة. **والمضامين**: بيع ما في بطون إناث الإبل. **والملاقيح**: بيع ما في ظهور الجِمَال.

ومعنى بيع ما في ظهور الجِمال: أن يشتري الرجل من صاحب الفحل، ما يخلق من جنين من ماء ذلك الفحل، وهو غير معنى عسيب الفحل الآتي قريباً.

وقول التابعي: نُهي، أو: أُمِر، إذا لم يضفه إلى زمن الصحابة، فهو في حكم المرفوع إلى النبي ﷺ؛ لما عُلم من أن الأمر والنهي لا يكون إلا منه. فالحديث مرفوع حكماً، مرسل سنداً، إلا أن مراسيل سعيد بن المسيب مقبولة عند الجميع، فصار الحديث السابق في حكم المسند المرفوع. ويشهد له حديث عمران بن حصين قال: نهي عن بيع ما في ضروع الماشية قبل أن تحلب، وعن الجنين في بطون الأنعام، وعن بيع السمك في الماء، وعن المضامين والملاقيح، وحَبَل الحَبَلة، وعن بيع الغرر. أخرجه ابن أبي عاصم في كتاب «البيوع» له. ذكره الحافظ في «تلخيص الحبير».

وأجمع العلماء على فساد بيع المضامين والملاقيح، حكاه ابن المنذر.

٥ ـ بيع حَبَل الحَبَلة وعسيب الفحل:

ورد النهي عن حبَل الحَبَلة في جملة حديثي سعيد وعمران السابقين، وورد أيضاً بخصوصه حديث أخرجه مالك، واتفق عليه الشيخان، عن ابن عمر: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع حَبَل الحَبَلة. وكان بيعاً يتبايعه أهل الجاهلية، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تُنتِج الناقة، ثم تُنْتِج التي في بطنها. اهـ. ففسر ابن عمر معناه بأنه: بيع بثمن إلى أجل مجهول وفيه غرر؛ =

....

= لاحتمال أن لا تُنْتِج الناقة أو لا تُنْتِج التي في بطنها. قال المازري في «المعلم»: فيكون ذلك تنبيهاً على أن الثمن وإن كان معلوماً في نفسه وجنسه، فإنه تؤثر فيه الجهالة ببعض صفاته، ويصير هذا أصلاً في النهي عن البيع بثمن إلى أجل مجهول. اهـ.

وأما من فسره من العلماء بمعنى: نَتاج النَّتاج؛ وهو أن تُنْتِج الناقة ثم تحمل التي نُتجت فيباع حملها، على ما رواه مسلم عن ابن عمر أيضاً، فهو فاسد أيضاً على هذا المعنى؛ لأنه إذا لم يجز بيع الحمل لما فيه من الغرر، فلأن لا يجوز بيع حمله أولى. قال النووي في «المجموع»: وعلى التقديرين البيع باطل بالإجماع.

وأما بيع عسيب الفحل ـ ويقال له أيضاً: عَسْبُ الفحل وضِراب الجمل ـ فقد ورد النهي عنه بحديث ابن عمر، قال: نهى رسول الله ﷺ عن عسْب الفحل. أخرجه البخاري. وعن جابر، قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع ضِراب الجمل، وعن بيع الماء والأرض لتحرث، فعن ذلك نهى النبي ﷺ. أخرجه مسلم.

واختلف في معناه، فقيل: هو ثمن ماء الفحل، وقيل: أجرة الجماع.

وحاصل ما علل به العلماءُ النهيَ معنيان:

الأول: الغرر والجهالة، وذلك أن المقصود هو تلقيح الأنثى، وقد لا ينزل الماء، وقد لا يقع في الرحم، وقد يقع ولا تحمل منه. وقد يقال: إنه غير متقوم، ولا معلوم، ولا مقدورٍ على تسليمه.

الثاني: أنه ليس من مكارم الأخلاق، كما في ثمن الكلب المأذون في اتخاذه.

فعلى التعليل الثاني؛ لا تجوز الإجارة على النَّزْو بحال، ولا بيع ماء الفحل، وإنما على الناس أن يتباذلوه بالإعارة. وعلى الأول؛ قد يجوز إذا انتفت الجهالة والغرر، وذلك فيما إذا استأجر الفحل للإنزاء مدة معلومة يتأتى في مثلها التلقيح عادة، أو لضربات معدودة، فقد أجازه مالك في هذه الحالة، وهو وجه للشافعية والحنابلة، وهو قول الحسن وابن سيرين. =

....

= ٦ ـ بيع المزابنة:

ورد النهي عنه بحديث ابن عمر: أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة. **والمزابنة**: بيع الثَّمَر بالتَّمر كيلاً، وبيع الكَرْم بالزبيب كيلاً. أخرجه مالك والشيخان. وفي رواية لمسلم: أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة؛ بيع ثَمَر النخل بالتَّمرْ كيلاً، وبيع العنب بالزبيب كيلاً، وأن يباع الزرع بالحنطة كيلاً. وفي رواية له: وعن كل ثَمَرٍ بِخِرْصه.

والمزابنة في اللغة على وزن مفاعَلَة، من الزَّبْن، وهو الدفع الشديد. وصيغة «مفاعلة» تفيد الاشتراك والتبادل في الفعل، فكأن كل واحد من المتبايعين يزبن الآخر؛ أي: يدفعه عما يروم منه.

وضابط المزابنة عند علمائنا أنها: بيع معلوم بمجهول من جنس واحد، وبيع مجهول بمجهول من جنس واحد أيضاً. قاله المازري في «المعلم». وإلى مثل هذا العموم في تفسير معناها، أشار مالك في «الموطأ».

فبيع معلوم بمجهول من جنسه، تقدمت أمثلته في الحديث، وهو معنى قوله: كل ثَمَرٍ بِخِرْصه؛ أي: أن يخرص الثمر خارص، فيقدر أنه يجيء منه إذا جني ويبس، كذا وكذا صاعاً، فيدفع المشتري إلى البائع مثل ذلك ويملك الثمر القائم في الحقل أو البستان. وأما بيع مجهول بمجهول من جنسه، فمقيس على المعلوم بالمجهول بطريق أولى؛ لوجود الجهالة من الجهتين.

فإن كان الجنس ربويّاً، حرُم البيع للربا والمزابنة؛ أما الربا فلعدم تحقق المساواة في العوضين، وأما المزابنة، فلوجود معناها؛ لأن كلا المتبايعين يدفع الآخر عما يرومه منه. ولهذا المعنى اشتُرط اتحاد الجنس في تحقق معناها وحكمها؛ لأن الجنس إذا اتحد في العوضين انصرف الغرض إلى القلة والكثرة، فكل واحد يقول: ما أخذتُ أكثرُ، وقد غبنتُ صاحبي. وإن كان الجنس غير ربوي، حرم البيع للمزابنة فقط، لكن إذا تحققت الزيادة فيما ليس بربوي جاز، ويقدر أن المغبون وهب الزيادة لصاحبه.

ومن المزابنة أيضاً: بيع رَطْبِ كل شيء باليابس من جنسه، ولو كانا =

....

= متساويين في القَدْر، كالرُّطَب بالتمر، والعنب بالزبيب، والحنطة المبلولة بالجافة منها، ودقيق الحنطة وسائر الحبوب بالعجين منها.

٧ ـ بيع اللحم بالحيوان:

ورد النهي عنه بما أخرجه مالك عن زيد بن أسلم، عن سعيد بن المسيب: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم. وهذا الحديث، وإن كان مرسلاً ولا يصح من وجه متصل، فإن له حكم المسند المرفوع، لما عرف من أن مراسيل سعيد بن المسيب مقبولة عند الجميع. ويؤيده العمل، فقد قال أبو الزناد: إن كل مَنْ أدركتُ كان ينهى عن ذلك.

والحديث بظاهره يعم كل مبادلة بين لحم وحيوان، لكنه محمول عند مالك على خصوص بيع اللحم بالحيوان من جنسه، كلحم البقر بالبقر أو بالغنم أو بالإبل، وسائر ذوات الأربع إنسيِّها ووحشيِّها؛ لأنها جنس واحد، لا يجوز التفاضل في مبادلة لحوم بعضها ببعض، فلا يجوز بيع لحم شيء منها بحي من جنسه. وعلله علماؤنا بالمزابنة، قال ابن القاسم في «المدونة»: ولم أرَ تفسير حديث النبي ﷺ عنده في اللحم بالحيوان، إلا من صنف واحد؛ لموضع الفضل فيه والمزابنة فيما بينهما، فإذا كان الفضل في لحومها جائزاً، لم يكن بأس بالفضل بين الحي منه والمذبوح. اهـ. ومعنى الجملة الأخيرة من قوله: أنه إذا اختلف الجنس بين اللحم والحيوان، كلحم الأنعام والوحش، بحي من الطير أو من حيوان البحر، أو لحم الطير بحي من حيوان البحر، فلا بأس به؛ لأن اختلاف الصنف يمنع من وجود معنى المزابنة فيه، فلا يدخل تحت النهي عن بيع اللحم بالحيوان.

فإن قيل: كيف يقصر عموم حديث النهي عن بيع اللحم بالحيوان، على ما كان من جنس واحد؟ فجوابه: أنه لا يمتنع أن تستنبط علة لما دل عليه النص من حكم، فتعود على عمومه بالتخصيص. قال صاحب «مراقي السعود»:

وَقَدْ تُخَصِّصُ وَقَدْ تُعَمِّمُ لِأَصْلِهَا لَكِنَّهَا لَا تَخْرِمُ

يعني: يجوز أن تخصص العلة المستنبطة عموم النص الذي ورد بحكم =

....

= أصلها، كما يجوز أن تعمم خصوصه، لكن لا يجوز استنباط علة تعود على حكم أصلها بالإبطال.

إذا ثبت هذا، فقد استنبط علماؤنا معنى للنهي عن بيع اللحم بالحيوان، وهو المزابنة، فمتى وجدت وجد النهي ومتى انتفت انتفى، والمزابنة لا تكون إلا في عوضين من جنس واحد. والله أعلم.

• **ملاحظة في تصنيف اللحوم:**

اللحوم مصنفة من حيث الربوية والمزابنة إلى أربعة أصناف:

١ ـ الأنعام والوحوش، وكل حيوان بري من ذوات الأربع.

٢ ـ الحيوان البحري من السمك وغيره.

٣ ـ الطير بجميع أنواعه.

٤ ـ الجراد بجميع أنواعه.

فيجوز بيع اللحم من صنف من هذه الأصناف، بحيوان من صنف آخر؛ لأنه إذا جاز فيه ربا الفضل، فقد جاز فيه الحي بالمذبوح من باب أولى.

٨ ـ بيع الدين بالدين:

ورد فيه حديث رواه عبد الله بن عمر: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ. أخرجه أبو بكر بن أبي شيبة وأحمد بن منيع والبزار في مسانيدهم، كما في «إتحاف الخيرة المهرة» للبوصيري. وفي إسناده موسى بن عبيدة الربذي، تفرد بروايته عن ابن دينار عن ابن عمر. ورواه أيضاً عن نافع عن ابن عمر. وموسى ضعيف لا يحتج به؛ روى ابن عدي في «الكامل» عن الإمام أحمد أنه قال: لا تحل عندي الرواية عنه. وأخرجه الدارقطني والحاكم، من الوجه السابق، إلا أنهما قالا: موسى بن عقبة، بدلاً من موسى بن عبيدة، وخطَّأهما البيهقي. فالحديث ضعيف على كل حال، لا تقوم به حجة، إلا أن العلماء عوَّلوا على الإجماع في تحريم بيع الدين بالدين. قال الإمام أحمد: ليس في هذا حديث يصح، ولكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دَين بدَين. نقله الحافظ في «التلخيص». وحكى الإجماع أيضاً ابن المنذر في كتابيه «الإجماع» و«الإشراف». =

= وبيع الدين بالدين هو بيع ما في ذمة بما في ذمة أخرى. وتقع تطبيقاته العملية في دين السَّلَم على وجه خاص. وأما بيع الدين بغير الدين، فسيأتي في باب السلم أنه يجوز بشروط.

وتتلخص أحوال بيع الدين بالدين في ثلاث:

الحالة الأولى: فسخ الدين في الدين:

على معنى أن يكون لك دين على زيد، من جنس معين كثوب، وإلى أجل معين كشهر، فتفسخه قبل حلول الأجل في جنس آخر كنقود، إلى نفس الأجل الأول أو إلى أجل أقرب أو أبعد. وكذلك إذا فسخت جنس الدين بعد حلول أجله، في جنس آخر إلى أجل جديد، فلا يجوز، أما إذا كان مقبوضاً في الحال، فلا مانع؛ لأنه استبدال وليس فسخاً.

ومن صور فسخ الدين في الدين ربا الجاهلية؛ أن يقول الدائن للمدين: أزيدك في الأجل وتزيدني في الدين. ومن صوره أيضاً: أن يشتري بدينه من المدين عيناً معينة يتأخر قبضها عن وقت العقد، كما لو كان لك عليه خَمْسُمئة ألف دينار جزائري، ففسختها في سيارة له يسلمك إياها بعد شهر، مثلاً.

ومن أمثلة فسخ الدين في الدين: أن يكون لك على رجل دين بالدنانير الجزائرية، فتفسخه إلى ما يساويه من الدراهم المغربية، من دون أن يقبضك البدل في الحال، فلا يجوز. أما لو صرفت ديناً لك من العملة الجزائرية إلى ما يساويه من عملة أخرى وتم القبض إثر العقد، لجاز.

والدليل على جواز صرف ما في الذمة إلى عملة مخالفة، بشرط قبض العوض إثر العقد، حديث عبد الله بن عمر، قال: قلت: يا رسول الله، إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذا من هذه، وأعطي هذه من هذا، فقال رسول الله ﷺ: «**لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسِعْرِ يَوْمِهَا، مَا لَمْ تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُمَا شَيْءٌ**». أخرجه أصحاب السنن، وصححه ابن حبان والحاكم.

الحالة الثانية: بيع الدَّين بالدَّين: =

....

= على معنى أن يكون لك على زيد قنطار من الدقيق مثلاً، فيشتريه عمْرو منك بثلاثة آلاف دينار جزائري مثلاً في ذمته، فيحُلُّ عمْرو محلَّك في مطالبة زيد بالدقيق. وكما لو كان لك على زيد عشرة آلاف دينار جزائري، فيشتريها منك عمْرو بما تساويه من العملة التونسية، ولا يُقبضك شيئاً عند العقد.

الحالة الثالثة: ابتداء الدين بالدين:

على معنى إنشاء عقد بيع؛ يكون العوضان فيه كلاهما في ذمتي البائع والمشتري. كما لو باعك ثوباً موصوفاً في ذمته إلى أجل، بدين في ذمتك إلى أجل. وكما لو اتفق تاجر مع مُستورِد على استيراد عشر ماكينات خياطة معلومة الصفات، بثمن معلوم يكون ديناً في ذمة التاجر.

• فرع:

مفهوم منع بيع الدين بالدين، أنه إذا بيع بشيء معين يقبضه المشتري عاجلاً جاز، سواء بيع من المدين بفسخه في العوض المعين المعجل، أو من أجنبي. فإن بيع من أجنبي، لم يصح إلا أن يكون المدين حيّاً حاضراً مقرّاً بالدين. نصَّ مالك على ذلك في جامع الدين والحول من «الموطأ»، وعلل تخلف هذه الشروط بوقوع الغرر في عقدة البيع؛ لأن المدين إذا كان ميتاً، فقد يظهر له غرماء بعد شراء الدين الذي عليه، فيشركون المشتري في التركة بالحَصَاص، فينوبه من دينه أقل من قدره. والغائب قد لا يحضر، وقد يحضر فيظهر مفلساً. وغير المقر قد يعجز الدائن عن إثبات الدين عليه. وهذا كله من الغرر الذي لا يجوز في البيع. والله أعلم.

٩ ـ بيع المسلم على بيع أخيه:

ورد النهي عنه بحديث ابن عمر: أن رسول الله ﷺ قال: «**لَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ**». أخرجه مالك والشيخان. وأخرجوا من حديث أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: «**لَا تَلَقَّوا الرُّكْبَانَ لِلْبَيْعِ، وَلَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ...**» الحديث، وسيأتي في النهي عن تلقي الركبان.

قال مالك في «الموطأ»: وتفسير قول رسول الله ﷺ ـ فيما نُرى =

ونَهَى عن تلقِّي الرُّكبانِ، وبَيْعِ الحاضرِ للبادِي، ونهَى عن النَّجْشِ، وعن بَيْعتيْنِ في بَيْعةٍ، وعن بَيْعِ العُربانِ، وعن البَيْعِ وقتَ النِّداءِ لصلاةِ الجُمُعةِ حتَّى تُقضَى(١).

= والله أعلم ـ: «**لَا يَبِيع بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ**»؛ أنه إنما نهى أن يسوم الرجل على سوم أخيه، إذا ركن البائع إلى السائم، وجعل يشترط وزن الذهب، ويتبرأ من العيوب وما أشبه هذا، مما يُعرف به أن البائع قد أراد مبايعة السائم، فهذا الذي نهى عنه. والله أعلم. وقوله: يشترط وزن الذهب؛ يدل على أن الثمن كان في ذلك الزمن ينقد من الذهب والفضة مراطلة، ولم يكن التعامل بالدنانير والدراهم المسكوكة قد عمَّ.

ومع النهي عن اعتراض الرجل للمشتري الراكن، بعرض ثمن أغلى، أو للبائع، بعرض سلعة أرخص، فإنه لا يفسخ البيع من الثاني إذا وقع على هذه الحال؛ لأن النهي ليس خالصاً لحق الشرع. وسبق طرف من هذا المعنى في خطبة الرجل على خطبة أخيه من كتاب النكاح.

(١) وبيانها وفق التفصيل الآتي:

١ ـ تلقي الركبان:

ورد النهي عنه بحديث أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: «**لَا تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ لِلْبَيْعِ، وَلَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلَا تَنَاجَشُوا، وَلَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ، وَلَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ، فَمَنِ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِك فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلُبَهَا؛ إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ**». وهذا حديث جامع، أخرجه مالك والشيخان، كما تقدم. وترجم البخاري في كتاب البيوع من «صحيحه» بقوله: باب النهي عن تلقي الركبان، وأن بيعه مردود، لأن صاحبه عاصٍ آثمٌ إذا كان به عالماً، وهو خداع في البيع، والخداع لا يجوز. اهـ. ثم ساق حديث مالك عن نافع عن ابن عمر: أن رسول الله ﷺ قال: «**لَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلَا تَلَقَّوُا السِّلَعَ حَتَّى يُهْبَطَ بِهَا إِلَى السُّوقِ**». والحديث تقدم من رواية «الموطأ»، وهو بهذه الزيادة في رواية =

....

= ابن وهب والقعنبي وعبد الله بن يوسف وسليمان بن برد. قال ابن عبد البر في «التمهيد»: وهي زيادة صحيحة.

وأخرج مسلم من حديث أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «**لَا تَلَقَّوُا الْجَلَبَ، فَمَنْ تَلَقَّاهُ فَاشْتَرَى مِنْهُ، فَإِذَا أَتَى سَيِّدُهُ السُّوقَ فَهُوَ بِالْخِيَارِ**».

فلا يجوز تلقي السلع، والجلب، والركبان، والاشتراء منهم قبل الوصول بها إلى سوقها الذي تباع فيه.

والمقصود بهذا الحكم عند مالك رحمه الله إنما هو الرفق بأهل السوق، وحماية حقهم في أن تصل إليهم السلع بصورة نظامية لا يعترضها أحد من الأقوياء. قال ابن الجلاب في «التفريع»: ولا يجوز تلقي السلع قبل أن ترد الأسواق وتبلغها، وذلك أن يعمد أهل القوة إلى السلع فيستقبلونها ويشترونها، فتحصل لهم دون غيرهم، ممن لا قوة له على مشاركتهم. فمن فعل شيئاً من ذلك، خُير غيره من أهل السوق في مشاركته فيما اشتراه أو في تركه. اهـ.

وكان الأصل يقتضي فساد البيع؛ لموجب النهي، وإنما عُدل عنه لأن النهي لم يكن خالصاً لحق الشرع، وإنما هو لحماية حق شخصي، فأُعطي صاحب الحق الخيار في ذلك بالفسخ والإمضاء.

ولما كان تجار السوق ـ وهم أصحاب الحق في هذه الحالة ـ من الكثرة بحيث لا يستطيعون أن يختاروا اختياراً واحداً، كان من العدل والإنصاف أن توزع تلك السلعة على جميعهم بنفس الثمن الذي اشتراها به المتلقي، فتتحققُ بذلك شركةٌ جبريةٌ. وهذا من أروع السياسة الاقتصادية في الإسلام في نظر الفقه المالكي.

ولعل مالكاً رحمه الله، لما اعتبر في هذا الحكم حماية مصلحة تجار السوق ومِنْ ورائهم سكان البلد، نظر إلى معنى قول النبي ﷺ المتقدم: «**حَتَّى يُهْبَطَ بِهَا إِلَى السُّوقِ**». وفي رواية أخرى للبخاري من طريق مالك: قال ابن عمر: كنا نتلقى الركبان، فنشتري منهم الطعام، فنهانا النبي ﷺ أن نبيعه حتى يُبلغ به سوق الطعام. اهـ. وفي رواية له أيضاً: قال ابن عمر: كانوا يبتاعون الطعام =

....

= في أعلى السوق، فيبيعونه في مكانه، فنهاهم رسول الله ﷺ أن يبيعوه في مكانه حتى ينقلوه.اهـ.

فهذه الروايات تبين أن المقصود عدم الحيلولة بين السلع وبين وصولها إلى السوق الذي تباع فيه، وبذلك تكون الحماية متجهة إلى نفس السوق وتُجاره. والله أعلم.

لذلك نقول: من اشترى سلعة بهذه الطريقة، فإنه لا يجوز له إعادة بيعها في سوقها بأي ربح زائد على ثمن الشراء، بل يجب عليه توزيعها بنفس الثمن الذي اشتراها به. والله أعلم.

٢ ـ بيع الحاضر للبادي:

والحاضرُ الذي يسكن الحواضر من المدن والقرى، والبادي الذي يسكن البوادي من الجبال والأرياف.

وورد النهي عن بيع الحاضر للبادي في حديث أبي هريرة المتقدم في تلقي الركبان. فلا يجوز أن يتولى أحد من سكان المدن، بيعَ سلعة قدم بها رجل من أهل البادية، ونزل بها إلى السوق ليبيعها فيه. ويعاقب الفاعل لذلك بعقوبة تأديبية تعزيرية، وقال ابن وهب: يزجر ولا يعاقب.

والقصد من تشريع هذا الحكم، إرفاق أهل الحضر بأهل البادية، مما ليس فيه ضرر ظاهر على أهل البادية، يدل على ذلك ما رواه جابر: قال: قال رسول الله ﷺ: «**لَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ؛ دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقِ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ**». أخرجه مسلم. لذلك يتقيد النهي الوارد في الحديث عند علمائنا بثلاثة قيود اقتضتها علة النهي:

الأول: أن يكون البدوي من أهل العمود البعيدين الجاهلين بالأسعار والأثمان المتداولة في الأسواق. أما أهل القرى الذين يعرفون الأثمان والأسواق، فلا يمتنع أن يباع لهم ويشار عليهم، على الأصح.

الثاني: أن يكون الشيء المبيع مما يجلبه البدوي، لا مما يشتريه من السوق أو من غيره ثم يعيد بيعه. =

= **الثالث**: أن تباع السلعة لحضري لا لبدوي مثله.

ويفسخ البيع إذا وقع على هذه الحال، وهو فسخ تعزيري تأديبي تتولاه السلطة القضائية، أو سلطة المحتسبين على الأسواق، فإذا لم تعثر عليه السلطة مضى بالثمن المسمى كسائر البيوع الصحيحة.

٣ ـ النَّجْش:

ورد النهي عنه في حديث أبي هريرة المتقدم في التلقي، وفيه: «**وَلَا تَنَاجَشُوا**». وعن ابن عمر: أن رسول الله ﷺ نهى عن النَّجْش. أخرجه مالك والشيخان. وترجم عليه البخاري بقوله: باب النَّجْش، ومن قال: لا يجوز ذلك البيع، وقال ابن أبي أوفى: الناجش آكل ربا خائن، وهو خداع باطل لا يحل. قال النبي ﷺ: «**الْخَدِيعَةُ فِي النَّارِ**» و«**مَنْ عَمِلَ عَمَلاً لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ**». اهـ. وأجمع العلماء على تحريم النَّجْش وتأثيم فاعله، حكاه ابن بطال في «شرح البخاري».

والنَّجْش موضوع في أصل اللغة لإثارة الصيد، والمقصود به هنا إثارة رغبة الناس في شراء السلعة، بإعطاء ثمن فيها ليغر الناس ويغريهم بها، وليس براغب في الشراء. قال مالك بإثر الحديث السابق: والنَّجْش أن تعطيه بسلعته أكثر من ثمنها، وليس في نفسك اشتراؤها، فيقتدي بك غيرك. اهـ.

ومن اشترى سلعة تحت تأثير النَّجْش، ثم علم بذلك، فإن كان الناجش لم يتواطأ مع البائع، فلا خيار للمشتري؛ لأن النهي لم يتوجه لأحد العاقدين، وإن تواطأ معه، فالمشتري بالخيار بين الإمضاء والفسخ، كقول الجمهور خلافاً لما حكاه ابن قدامة عن مالك من فساد البيع؛ لأن النهي ليس لمعنى في ذاته كالربا والغرر فيبطل البيع به، بل يعود إلى ضرب من الخلابة والخديعة للمشتري، يمكن استدراكها بإثبات الخيار له، فأشبه بيع المصراة، وفارق بيع الحاضر للبادي؛ فإنه لا يمكن استدراكه بالخيار، إذ الضرر فيه ليس عليه إنما هو على المسلمين، فوجب فسخه لذلك.

وإذا فاتت السلعة بيد المشتري، فهو بالخيار بين الإمضاء بالثمن، والفسخ مع رد القيمة واسترداد الثمن. =

....

= **٤ ـ بيعتان في بيعة:**

ورد النهي عن ذلك بحديث أبي هريرة، قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة. أخرجه النسائي والترمذي، وصححه هو وابن حبان وابن الجارود وابن عبد البر في «التمهيد». قال الترمذي: والعمل على هذا عند أهل العلم، وقد فسره بعض أهل العلم؛ قالوا: بيعتين في بيعة أن يقول: أبيعك هذا الثوب بنقدٍ بعشرة وبنسيئة بعشرين، ولا يفارقه على أحدهما، فلا بأس إذا كانت العقدة على واحد منهما. اهـ. وبمثل ما حكى الترمذي فسر الإمام مالك الحديث، وفرَّع فروعاً عليه في «الموطأ».

فمن باع بيعتين في بيعة، كان بيعه فاسداً مستحقّاً للفسخ، إذا كان على الصفة التي وصفها الترمذي رحمه الله، من كون البيع لازماً للمشتري في أصله، مخيراً في إحدى الصفقتين؛ أما إذا كان غير لازم في أصله، بل جعل فيه الخيار للمشتري، فلا يمتنع؛ لأن بيع الخيار بيع منحل لا ينعقد إلا بالاختيار، ولأنه بعد الخيار يستقر على شيء واحد قد رضياه معاً، وخرج عن كونه بيعتين في بيعة، أما إذا كان العقد لازماً فإن المشتري ملزم باختيار إحدى البيعتين، وفي ذلك الاختيار يكون كأنه انتقل من البيعة التي تركها إلى البيعة التي اختارها.

ومن صور بيعتين في بيعة: أن يعقدا بيعاً على شيئين مختلفين، كثوب وراديو، أو غسالة وثلاجة، يختار منهما واحدة بثمن واحد، أو بثمنين مختلفين، ويكون البيع لازماً للمشتري، فهذا لا يجوز. وبهذه التوضيحات نعلم أن النهي عن بيعتين في بيعة معلَّل بعدم تعين المبيع أو الثمن في العقد، وإذا لم يتعين المعقود عليه أو به في العقد، بل تردد بين عدة أشياء، فالعقد باطل.

٥ ـ بيع العُرْبان (جمع عُرْبون):

ورد النهي عنه بما أخرجه مالك عن الثقة عنده، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العُرْبان. قال ابن عبد البر =

....

= في «التمهيد»: أشبه ما قيل في قوله: عن الثقة عنده، أن يكون أخذه عن ابن لهيعة، أو عن ابن وهب عن ابن لهيعة.

ومعنى بيع العُربان على ما فسره به مالك في «الموطأ»: أن يشتري الرجل سلعة أو يستأجر شيئاً، فيعطي البائع أو المُؤْجر مبلغاً من النقد، على أنه إن ثبت على العقد، حُسب من الثمن أو الأجرة، وإن تركه، كان المبلغ خالصاً لمن أُعطي له بغير مقابل. اهـ. وبنحو هذا المعنى فسره عبد الرزاق الصنعاني عن عبد الله بن عامر الأسلمي عن زيد بن أسلم.

فبيع العربون من بيع الغرر، وفيه أكل لأموال الناس بالباطل. قال ابن عبد البر في «الاستذكار»: وأما قول مالك في تفسير ذلك، فعليه جماعة فقهاء الأمصار من الحجازيين والعراقيين؛ لأنه من بيع الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض، ولا هبة، وذلك باطل. وبيعُ العُربان على ذلك مفسوخ عندهم إذا وقع، قبل القبض وبعده. وترد السلعة إن كانت قائمة، فإن فاتت رد قيمتها يوم قبضها، ويرد على كل حال ما أخذ عُرباناً في الشراء والكراء.

قال: وقد روي عن قوم من التابعين أنهم أجازوا بيع العُربان على ما وصفنا، وذلك غير جائز عندنا. وكان زيد بن أسلم يقول: أجازه رسول الله ﷺ، وهذا لا نعرفه عن النبي ﷺ من وجه يصح. ويحتمل أن يكون بيعُ العُربان الذي أجازه رسول الله ﷺ، لو صح عنه، أن يجعل العُربان عن البائع من ثمن سلعته إن تم البيع وإلا رده، وهذا وجه جائز عند الجميع. اهـ. ببعض الاختصار.

وقاعدة المذهب في البيوع الفاسدة، أن تفسخ ما لم تفت السلعة بيد المشتري، بهلاك أو استهلاك، أو بإخراجها من ملكه، أو بتغير في صورتها، بالزيادة أو النقص، أو في معناها، بحوالة سوقها بالغلاء أو الرخص. فإن فاتت، نُظر فإن كان الفساد مجتمعاً عليه بين أهل العلم، فهي مضمونة لبائعها بقيمتها يوم القبض؛ لأنه اليوم الذي دخلت فيه في ضمان المشتري، وإن كان الفساد مختلفاً فيه، ضمن ثمنها، على معنى تصحيح العقد فيها رعياً لقول من أجازه. قال الشيخ خليل: فَإِنْ فَاتَ مَضَى الْمُخْتَلَفُ فِيهِ بِالثَّمَنِ. =

ونهَى الشَّرْعُ عن بَيْعِ أشياءَ بأعيانِها، كالخَمْرِ، والخنزيرِ، والأصنامِ، والميتةِ، والكلْبِ[1].

= وبيع العربان من البيوع المختلف فيها، فقد أجازه جماعة من التابعين كما سبق في كلام ابن عبد البر، وذهب إليه أحمد، وحكاه ابن قدامة عن عمر وابنه. فقياس المذهب أن يمضى بالثمن عند الفوات، إلا أن المنصوص فيما رواه عيسى بن دينار عن ابن القاسم: أنه يمضى بالقيمة. فالله أعلم.

٦ ـ البيع وقت النداء لصلاة الجمعة:

ورد النهي عنه بقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [الجمعة: ٩]. والنهي يعم كل ما يصرف عن الانشغال بالصلاة من العقود وغيرها، وخص البيع بالذكر لأنه كان الغالب على حالهم في ذلك الوقت، فخرج مخرج السبب في النزول. وقوله: **ذروا البيع**، أمر بترك البيع، والأمر بالشيء نهي عن ضده، فلا يجوز الإقدام على البيع من لدن النداء الثاني لصلاة الجمعة حتى تُقضى الصلاة.

والنهي ليس لذات البيع ولا لمعنى يتعلق بصفاته، بل لمعنى خارجي، وهو التفرغ لصلاة الجمعة، وكان القياس أن البيع إذا وقع لا يكون فاسداً، كالصلاة في الأرض المغصوبة والحج بالمال الحرام، وإذا لم يكن فاسداً فلا يفسخ، وهو مروي عن مالك في كتاب «المجموعة» لابن عبدوس، إلا أن المشهور في المذهب الفسخ. قال الشيخ خليل: وَفُسِخَ بَيْعٌ وَإِجَارَةٌ وَتَوْلِيَةٌ وَشَرِكَةٌ، وَإِقَالَةٌ وَشُفْعَةٌ، بِأَذَانٍ ثَانٍ، فَإِنْ فَاتَتْ فَالْقِيمَةُ حِينَ الْقَبْضِ، كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ. اهـ.

ويمكن توجيه المشهور بأن الفسخ مُستحَقٌّ على وجه التعزير والزجر، لا لأجل أن النهي اقتضى فيه الفساد. والله أعلم.

(١) **أما الخمر والخنزير والأصنام والميتة**: فقد ورد النهي عن بيعها بحديث جابر المتقدم في شروط المعقود عليه. ويرجع التحريم في هذه الأشياء =

....

= إلى إبطال منافعها المقصودة. فالمنفعة المقصودة في الخمر هي الشرب، وفي الميتة والخنزير هي الأكل، وفي الأصنام حين تبقى على صورتها هي عبادتها. والله أعلم.

● **بيع الكلب:**

ورد النهي عنه بحديث أبي مسعود الأنصاري المتقدم في شروط المعقود عليه: أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغيِّ وحلوان الكاهن. وأخرج مسلم من حديث رافع بن خديج عن رسول الله ﷺ قال: «**ثَمَنُ الْكَلْبِ خَبِيثٌ، وَمَهْرُ الْبَغِيِّ خَبِيثٌ، وَكَسْبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ**».

والكلاب قسمان: قسم منها لا منفعة في اقتنائه، فلا يجوز التعاوض فيها؛ للأحاديث السابقة ولعدم منفعتها مع ما فيها من ترويع الناس. ولا يجوز اقتناؤها، لقوله عليه الصلاة والسلام: «**مَنِ اتَّخَذَ كَلْباً، إِلَّا كَلْبَ مَاشِيَةٍ، أَوْ صَيْدٍ، أَوْ زَرْعٍ، انْتَقَصَ مِنْ أَجْرِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطٌ**». أخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة. ولمالك من حديث سفيان بن أبي زهير، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**مَنِ اقْتَنَى كَلْباً لَا يُغْنِي عَنْهُ زَرْعاً وَلَا ضَرْعاً، نَقَصَ مِنْ عَمَلِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطٌ**». وله عن ابن عمر: أن رسول الله ﷺ قال: «**مَنِ اقْتَنَى كَلْباً، إِلَّا كَلْباً ضَارِياً، أَوْ كَلْبَ مَاشِيَةٍ، نَقَصَ مِنْ عَمَلِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطَانِ**».

الكلب الضاري: كلب الصيد. **قيراط**: جزء من أجزاء الدينار الذهبي، وهو نصف عشره في أكثر البلاد. قاله في «اللسان».

والقسم الثاني من الكلاب هو المأذون في اتخاذه لمنفعة الحراسة أو الصيد، فظاهر «الموطأ» أنها كغير المأذون فيها في حرمة بيعها لعموم حديث النهي، لقول مالك: أكره ثمن الكلب الضاري وغير الضاري؛ لنهي رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب. وأجازه ابن كنانة وسحنون، وبالغ سحنون في التيقن من حلية ثمنه، فقال: أبيعه وأحج بثمنه. والمفهوم من كلام الشيخ خليل رحمه الله: أنه لا يجوز بيع الكلب مطلقاً لنفس النهي عن ذلك، لا لمعنى آخر، فقد قال: وَعَدَمُ نَهْيٍ، لَا كَكَلْبِ صَيْدٍ.اهـ. ومعناه: ومن شرط المبيع =

ونهَى عن بَيْعٍ وشَرْطٍ، وعن بَيْعِ الطَّعَام قَبْلَ قبضِهِ، وعن الرِّبَا، على ما سنُفَصِّلُهُ.

فَصْلٌ
في الشروط في البيوع(١)

ولا يجوزُ بَيْعٌ وشَرْطٌ(٢)، وهو يتناولُ الشُّروطَ الفاسدةَ، دون

= أن لا يرد النهي عنه، وإلا لم يجز ككلب الصيد والزرع والماشية وأحرى غير المأذون فيه.

فالمشهور عدم الجواز، ومع ذلك لا يمتنع الفتوى بالقول الآخر لقوة الخلاف في المسألة. والله أعلم.

(١) وهناك فرق بين شروط البيع والشروط فيه، وقد تقدم مثله في النكاح. فشروط البيع هي الشروط التي أوجبها الشارع فيه وبنى عليها حكمه، فهي راجعة إلى أركانه، كأهلية العاقد وطهارة المعقود عليه، وسلامته من الغرر والجهالة والربا، وقدرة البائع على تسليمه. وأما الشروط في البيع فهي ما يجعله أحد العاقدين أو كلاهما لنفسه في العقد، زيادة على ما أوجبه له الشرع، لمصلحة يراها لنفسه، كاشتراط المشتري رهناً أو كفيلاً بالثمن، وكاشتراط البائع الانتفاع بالمبيع مدة معلومة، واستثناء بعض ما يدخل فيه بمطلق العقد، أو اشتراط المشتري بعض ما لا يدخل فيه، وكاشتراط أحدهما أو كليهما أنه بالخيار إلى مدة معلومة، أو اشتراطه عقداً آخر مقترناً به، كالصرف والسلف.

(٢) لما رواه مالك بلاغاً، عن رسول الله ﷺ: أنه نهى عن بيع وسلف. قال ابن عبد البر في «التمهيد»: وهذا الحديث محفوظ من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ. وهو حديث صحيح رواه الثقات عن عمرو بن شعيب.اهـ. ومن ذلك ما أخرجه أصحاب السنن عدا ابن ماجه، بالسند المذكور: أن النبي ﷺ قال: «**لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانِ** =

الصحيحةِ[(١)]؛ وذلك أن الشُّروطَ في البَيْعِ على ثلاثةِ أنواعٍ:

الأول: شَرْطٌ من جنسِ ما يقتضيهِ العَقْدُ أو يلائِمُه[(٢)]. فالذي

= **فِي بَيْعٍ، وَلَا رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَلَا بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ**». وصححه الترمذي وابن خزيمة وابن حبان والحاكم.

قال مالك إثر البلاغ السابق: وتفسير ذلك: أن يقول الرجل للرجل: آخُذُ سلعتك بكذا وكذا، على أن تُسلفني كذا وكذا، فإن عقدا بيعهما على هذا الوجه فهو غير جائز. اهـ.

(١) والحديث السابق عام في جميع الشروط، إلا أنه مخصوص بالشروط الفاسدة؛ لقول رسول الله ﷺ، في قصة عتق بريرة: «**أَمَّا بَعْدُ، فَمَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللهِ؟! مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِئَةَ شَرْطٍ، قَضَاءُ اللهِ أَحَقُّ، وَشَرْطُ اللهِ أَوْثَقُ، وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**». أخرجه مالك والشيخان عن عائشة. فهذا الحديث يقيد الشرط الباطل المنهي عنه بالشرط الذي ليس في كتاب الله، ويعني بذلك الشرط الذي لم يدل على جوازه ـ كما قال ابن بطال في «شرح البخاري» ـ حكم الله من كتابه وسنة رسوله أو إجماع الأمة. وقال ابن خزيمة: «**لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ**»: أي ليس في حكم الله جوازُه أو وجوبُه، لا أن كل مَنْ شرطَ شرطاً لم ينطق به الكتاب يبطل؛ لأنه قد يُشترط في البيع الكفيل فلا يبطل الشرط، ويُشترط في الثمن شروطٌ من أوصافه أو من نجومه (أقساطه) ونحو ذلك فلا يبطل. اهـ.

فبعض الشروط التي يشترطها العاقد صحيحة، ومنها خيار التروي، فإن اشتراطه جائز بالإجماع.

(٢) الشرط الذي يقتضيه العقد هو الذي لا يحتاج إلى أن يُذكر؛ لأن العقد يتضمنه، فاشتراطها يعد تأكيداً لها فقط، كالأمثلة المذكورة. ومما يقتضيه العقد أيضاً: أن للبائع حق احتباس المبيع عنده رهناً بالثمن، إلى أن يقبضه من المشتري، وللمشتري حق رد المبيع إذا وجد به عيباً، وحق ضمان =

يقتضيهِ كتَسليمِ المبيعِ للمشْتَرِي، والثَّمنِ للبائعِ، وحُرِّية كلٍّ منهما في الانتفاعِ، والاغتلالِ، والتَّصرفِ بما آلَ إليهِ من أحدِ العوضيْنِ[(١)]. والذي يلائِمُه، كاشتراطِ البائعِ على المشْتَرِي رهْناً أو كفيلاً بالثَّمنِ.

والثاني: شَرْطٌ مناقضٌ لجنسِ ما يقتضيهِ العَقْدُ، أو يلائِمُه من الحُكمِ. كاشتراطِ البائعِ على المشْتَرِي أن لا يبيعَ العيْنَ المشتراةَ، أو

= جائحة الثمار على البائع، وكذا ضمان المبيع إذا كان غائباً حتى يقبضه المشتري.

وأما الشرط الملائم للعقد، فيحتاج إلى تنصيص عليه حتى يلزم، وهو كل شرط يكون في مصلحة تنفيذ البيع على وجه التمام والكمال، كالرهن والكفيل بالثمن، فإنهما في مصلحة قبضه.

(١) وهناك فرق بين الانتفاع والاستغلال والتصرف.

فأما الانتفاع؛ فاستهلاك منافع العين، وهو معنى قول رسول الله ﷺ، لما مر بشاة ميتة، كان أعطاها مولاة لميمونة: «**أَفَلَا انْتَفَعْتُمْ بِجِلْدِهَا؟**». ومن الانتفاع ركوب السيارة، وسكنى الدار، والحمل على الدابة والشاحنة. ومنه أيضاً استهلاك عين المأكول بالأكل، والمشروب بالشرب.

وأما الاستغلال؛ فتملك الغلة من ثمار الأشجار، ونبات الأرض وزروعها، ولبن الأنعام، وأصوافها وأوبارها وأشعارها، وخراج الدابة والسيارة والدار والفندق والأرض والعبد، بعقد الكراء والإجارة، فأجرة هذه المملوكات تسمى غلة.

فالفرق بين الاغتلال والانتفاع؛ أن الاغتلال ملك الثمار الناتجة من عين الشيء، أو الناتجة من بيع منافعه، وأما الانتفاع فهو التسلط المباشر على المنافع بقصد استهلاكها.

وأما التصرف؛ فبيع العين أو إجارتها، أو هبتها أو التصدق بها أو إعارتها، أو رهنها. فكل عقد معاوضة أو تبرع أو توثيق يعد تصرفاً في العين.

أن لا يهبَها، مُطلقاً أو من أحدٍ بعينِهِ، أو أن لا يبيعَها إلَّا من شخصٍ بعينِهِ[١]. ويَلحقُ بهذا النَّوعِ كلُّ شَرْطٍ أدخلَ خللاً في الثَّمنِ، كالبَيْعِ مع السَّلفِ وبَيْعِ الثُّنْيَا[٢].

---

(١) لأن من مقتضى العقد؛ أن المشتري حر في التصرف في المبيع، في رقبته ومنفعته. فكل شرط يضر بهذا الحق، فهو باطل؛ لحديث بريرة السابق.

(٢) فأما السلف، فوجه كون اشتراطه موقعاً لخلل في الثمن؛ أن المستسلف إن كان هو البائع، فما باع به من الثمن أقل مما كان سيبيع به لولا السلف، وإن كان هو المشتري، فما اشترى به أكثر مما كان سيشتري به لولا السلف. فالثمن مختل من أجل السلف على كل حال. وقد يقال أيضاً: إن الشرط امتنع لكون السلف جرَّ نفعاً للمُسلِف في كونه باع بغلاء أو اشترى برخص.

وتقدم النهي عن اشتراط السلف في البيع، في بلاغ مالك الذي وصله أصحاب السنن. قال ابن عبد البر في «التمهيد»: أجمع العلماء على أن من باع بيعاً على شرط سلفٍ يُسلفه أو يستسلفه، فبيعه فاسد مردود.اهـ.

وأما بيع الثنيا؛ فثبت النهي عنه في السنة بحديث جابر؛ قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة، والمزابنة، والمعاومة، والمخابرة ـ قال أحدهما (يعني الراويين عن جابر): بيع السنين هي المعاومة ـ وعن الثنيا، ورخَّص في العرايا. أخرجه مسلم.

وفسره علماؤنا بالبيع الذي يكون فيه للبائع أحد شرطين يوجب له استرداد متاعه:

أحدهما: أن يشتري الرجل من غيره متاعاً، ويشترط له أنه متى رد إليه الثمن رد عليه متاعه؛ إما في ضمن مدة معلومة يفوت الرد بمضيها كالشهر، وإما من غير تحديد مدة. فيكون المبيع بصورة المرهون في يد المشتري، والثمنُ بصورة القرض في ذمة البائع.

=

والثالثُ: شَرْطٌ؛ لا هو مجانسٌ ملائمٌ لموجَبِ العَقْدِ، ولا هو مناقضٌ له. كاشتراطِ البائعِ سُكنَى الدَّارِ شهْراً، وركوبِ السَّيارةِ أسبُوعاً، واشتراطِ المشْتَرِي إحداثَ صنْعةٍ في الثَّوبِ من قِصارةٍ أو خِياطةٍ، وإصلاحِ الثَّلاجةِ.

فأمَّا النوعُ الأولُ؛ فصحيحٌ لازمٌ. وأمَّا الثاني؛ فباطلٌ للنَّهي عنه، ويجُرُّ البطلانَ إلى العَقْدِ، إلَّا أن يتراجَعَا فيَتَّفِقَا على إلغائِهِ قَبْلَ التنفيذِ[(١)]. وأمَّا الثالثُ؛ فصحيحٌ لازمٌ، إذا كان ما يتضمَّنُه الشرطُ

= **الثاني**: أن يشترط له أنه متى ما أراد بيع ذلك المتاع، فالبائع أحق به بالثمن الذي يُعطاه المشتري لدى العرض في السوق، أو بنفس الثمن الذي اشتراه به منه.

ووجه كونه يدخل خللاً على الثمن في الصورتين: أن الثمن الذي باع به متاعه على هذا الشرط الاحتمالي المتردد، غير الثمن الذي كان سيبيعه به لولا الشرط. ثم إن العقد في صورته الأولى يصير متردداً بين أن يؤول في النهاية إلى بيع إذا لم يفِ البائع بالشرط للمشتري، أو إلى سلف إذا وفى به. فالمال المقبوض للبائع متردد بين أن يكون ثمناً أو سلفاً. ثم إنه إذا رد إليه الثمن واسترد متاعه، كان المشتري قد انتفع بذلك المتاع في مدة قبضه عنده، فيكون كأنه أسلف سلفاً جر له نفعاً.

(١) فأما بطلانه وبطلان العقد الذي وقع فيه، فللحديث السابق: «**مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ**». ولحديث: «**مَنْ عَمِلَ عَمَلاً لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ**». أخرجه مسلم عن عائشة.

وأما صحة البيع إذا حُذف الشرط بعد اشتراطه، فقد قال مالك في «الموطأ» بإثر حديث النهي عن بيع وسلف: فإن ترك الذي اشترط السلفَ ما اشترط منه كان ذلك البيع جائزاً. اهـ. ووجه ذلك أن البيع إنما فسد لأجل الشرط، ولما كان الشرط شيئاً مستقلاً عن البيع، جاز أن يتلافى الفساد بإزالة =

سالماً من الغَررِ والجَهالةِ(١).

= سببه، وهذا بخلاف ما إذا كان سبب الفساد داخلاً في ذات البيع، كالربا فإنه يستمر فاسداً ولو تراجعا فيه بعد ذلك.

ولم يلتفت ابن عبد الحكم إلى هذا التفريق، فقال ـ وهو رواية بعض المدنيين ـ: لا يصح البيع وإن ترك السلف. ووجهه: أنه عقد واحد اشتمل على سلف جر نفعاً، فكان فاسداً بكل حال، كما لو كان بيعاً لخمر أو خنزير.

● **فرع:**

وإذا حصل فوات في المبيع بيد المشتري، بحيث استهلكه أو نقل ملكيته، أو تغير في ذاته بالزيادة أو النقص فتغيرت قيمته، لزم المشتري رد قيمته للبائع، ويقوّم يوم القبض؛ لأن المبيع يدخل في ضمان المشتري في البيوع الفاسدة يومئذ.

(١) والدليل على جواز النوع الثالث من الشروط: السنة والقياس.

أما السنة، فحديث: «**الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطاً حَرَّمَ حَلَالاً أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً**». أخرجه الترمذي من حديث عمرو بن عوف، وصححه، ويروى نحوه من حديث أبي هريرة وأنس وعائشة. وحديث جابر لما باع جملَه من النبي ﷺ، واشترط ظهر الجمل من مكان البيع إلى المدينة، فأجازه النبي ﷺ. أخرجه الشيخان.

وأما القياس، فلأن الإجماع دل على جواز اشتراط الخيار للمتبايعين، وهو شرط ليس من جنس الشروط الملائمة، ولا المناقضة، فكان جوازه دليلاً على جواز كل شرط من جنسه، وهو ما ذكرناه في القسم الثالث. والله أعلم.

وأما اشتراط خلوه من الغرر والجهالة، فلأن الشرط عقد من العقود التي لا تصح إلا مع السلامة منهما فيما لو استقلت بحكمها، فكذلك إذا كانت شرطاً في عقود أخرى، بل أولى. ولأن الجهالة في الشرط تفضي إلى جهالة في الثمن؛ يوضح ذلك أنه إذا اشترى منه ثوباً واشترط خياطته، ولم تكن أجرة الخياطة متعارفة، فما سُمِّي من العوض يكون بعضه أجرة للخياطة، وهي =

فَصْلٌ
في بيع الطعام قبل قبضه

من اشترَى شيئاً، فله بَيْعُه مِمَّنْ شاءَ، قَبْلَ قبضِهِ من البائِع[1]، إلَّا الطَّعَامَ فإنه لا يجوزُ حتَّى يقبضَهُ[2]؛ بما يُقْبَضُ به مِثْلُهُ من

= مجهولة، والباقي ثمناً للثوب، فيكون مجهولاً ضرورة.

واشتراط سلامة البيع من الغرر، يقتضي أن من باع داراً أو أرضاً أو حيواناً، واستثنى منفعته لمدة معلومة، لم يجز إلا أن تكون المدة بحيث لا تتغير العين في مثلها في مجاري العادات الغالبة، كسنة في الدور، وعشر سنين في الأراضي، وثلاثة أيام في الدواب، وعشرة في الرقيق.

(١) ومثل الشراء سائر الأسباب المفيدة للملك، كالإجارة والخلع والقرض والهبة والميراث، فمن ملك شيئاً بهذه الأسباب، جاز له التصرف فيه بالبيع والهبة وغيرهما، قبل قبضه، إلا الطعام فلا يجوز حتى يقبض. ومن ذلك بيع ديْن السَّلَم، فمن أسلم في شيء من الأموال، جاز له بيعه قبل قبضه من المدين، إذا لم يكن طعاماً ولم يبع بدين.

ودليل جواز بيع ما ملكه الإنسان بالشراء وسائر المعاوضات، قبل أن يقبضه، الأصلُ مع انتفاء الدليل على المنع إلا في طعام المعاوضة؛ وذلك أن المبيع دخل في ملك المشتري بالعقد، فوجب أن يجوز له بيعه كما جازت له هبته، ولو توقف الجواز على القبض لتوقف انتقال الملك على القبض. ويدل عليه أيضاً حديث ابن عمر: أنه كان يبيع الإبل بالبقيع بالدنانير، ويصرفها إلى دراهم، ويبيع بالدراهم ويصرفها إلى دنانير، وذلك قبل قبضها. فسأل النبي ﷺ عن ذلك، فأذن له فيه، وقد تقدم في بيع الدين بالدين. وهذا تصرف في الثمن قبل قبضه، فكان المبيع مثله؛ لأنه أحد العوضين.

(٢) وضابط هذا الحكم: أن كل معاوضتين متتاليتين في شيء واحد، إذا لم يتخللهما قبض، فلا يجوز.

ومعنى الطعام هنا وفي باب الربا: كل ما يؤكل أو يشرب، على وجه =

اكتيالٍ، أو وزْنٍ، أو عَدٍّ، أو تخليةٍ[١]. ومِثْلُ المُشترَى سائرُ الأعْواضِ، كالأجرَةِ، والمهرِ، وعِوَضِ الخُلعِ، والمالِ المصالَحِ به

= الغذاء، اقتياتاً أو تفكهاً، كالحبوب المأكولة، والخضر، وفواكه الثمار، واللحوم والسمك، والألبان والأجبان، وعصير الفواكه، والمواد الغذائية الصناعية من مأكولات ومشروبات.

(١) فما بيع كيلاً، استوفي بالكيل، وما بيع وزناً استوفي بالوزن، وما بيع جزافاً استوفي بمجرد التخلية؛ لأنه يصير مقبوضاً بها، فيجوز بيعه في مكانه دون اشتراط نقله، كمن يشتري حمولة شاحنة من البطيخ، ثم يبيعها قبل تفريغها ونقلها.

ودليل النهي عن بيع الطعام قبل قبضه حديث ابن عمر: أن رسول الله ﷺ قال: «**مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ**». أخرجه مالك والشيخان. وفي رواية: «**حَتَّى يَقْبِضَهُ**». وعن مالك أيضاً: أنه بلغه أن صكوكاً خرجت للناس في زمان مروان بن الحكم من طعام الجار، فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها. فدخل زيد بن ثابت ورجل من أصحاب رسول الله ﷺ على مروان بن الحكم، فقالا: أَتُحِلُّ بيع الربا يا مروان؟ فقال: أعوذ بالله! وما ذاك؟ فقالا: هذه الصكوك تبايعها الناس ثم باعوها قبل أن يستوفوها، فبعث مروان الحرس يتبعونها ينزعونها من أيدي الناس، ويردونها إلى أهلها.

وأخرجه مسلم بمعناه مختصراً من حديث أبي هريرة، وفيه أنه هو الذي أنكر على مروان. **صكوك**: جمع صك، وهو وثيقة سلطانية مكتوب عليها مبلغ من الطعام يصرف لمن كتب باسمه.

وحكى ابن المنذر الإجماع على المنع من بيع الطعام المشترى قبل قبضه.

ودل الحديث الأول بمفهومه على جواز بيع المبيع قبل قبضه إذا لم يكن طعاماً؛ لأن قوله: «**مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً**» يدل على اختصاصه بهذا الحكم، فكان غيره بخلافه.

عن دَمٍ عمْدٍ[١].

ويجوزُ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ قبضِهِ، إذا ملَكَهُ بغيرِ معاوضةٍ، كالموروثِ، والمقترَضِ، وبدلِهِ المقضيِّ عنهُ[٢]، والموهوبِ، والمتصدَّقِ بِهِ عليهِ، إذا كان عالماً به في جنسِهِ وقدْرِهِ وصفتِهِ[٣].

وتجوزُ الإقالةُ من الطَّعَامِ، والشَّرِكةُ فيه، والتَّوليةُ له، قَبْلَ قبضِهِ[٤].

---

(١) فمن أَجَر نفسه أو سيارته أو داره بطعام، ومن تزوجت أو اختلعت من زوجها بطعام، ومن وجب له قصاص في نفس أو عضو، فصالح عنه بطعام على الجاني، فلا يجوز لهم أن يبيعوه حتى يقبضوه، قياساً على البيع بجامع المعاوضة في كلٍّ. قال مالك: كل ما أكريتَ به، أو صالحتَ من دم عمدٍ، أو خالعتَ به؛ من طعام بعينه، أو مضمون على كيل أو وزن، فلا تبعهُ حتى تقبضه. اهـ. نقله المواق في «التاج والإكليل».

(٢) يعني يجوز بيع الطعام المقترض قبل قبضه؛ سواء باعه من المقرِض أم من غيره. كما يجوز للمقرِض بيع البدل الذي استوجبه في ذمة المقترض، بعد تعيينه وقبل أن يقبضه منه؛ سواء باعه منه أم من غيره.

وإنما جاز بيع الطعام قبل قبضه إذا ملكه بغير المعاوضة؛ لأن النهي ورد في البيع، وقِيس عليه غيرُه من سائر المعاوضات لأن فيها معنى البيع، وبقيت غير المعاوضات على أصل الإباحة.

(٣) لما تقدم من أن الإنسان لا يجوز له بيع شيء من ملكه إلا أن يعلمه.

(٤) **الإقالة**: فسخ عقد البيع بالتراضي، بشرط أن يكون فسخه على مِثْل الصفة التي انعقد عليها، فيرد المبيعَ كما هو، ويسترد الثمنَ كما هو، فإذا اشترط عليه أن يرد له أقل من ثمن البيع الأول أو إلى أجل أقرب، لم تكن إقالةً.

=

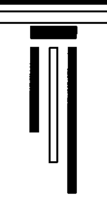
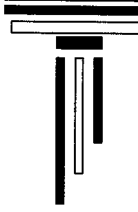
....

= **والشركة ـ أو الإشراك ـ**: أن يشتري الإنسان شيئاً طعاماً أو غيره، ثم يُشرك غيره فيه، بشرط أن تكون حصة الشركة في المبيع مساوية لحصة الشركة في الثمن، فإذا أشركه في الثلث دفع له ثلث الثمن.

والتولية: مثل الشركة إلا أن المشتري الأول يتنازل للثاني عن جميع ما اشتراه وبنفس ثمنه.

ومن تعريف هذه العقود، يتبين أنها مقصودة للمعروف، وليست معاوضات محضة، فأشبهت القرض، فجاز فيها بيع الطعام قبل قبضه. فمن اشترى طعاماً ثم أشرك فيه غيره، أو ولَّاه إياه بثمنه، أو استقاله البائع منه فأقاله، قبل قبضه، جاز في ذلك كله. قال مالك في «الموطأ»: ولا يحل بيع الطعام قبل أن يستوفى؛ لنهي رسول الله ﷺ عن ذلك، غير أن أهل العلم قد اجتمعوا على أنه لا بأس بالشِّرك والتولية والإقالة في الطعام وغيره. قال مالك: وذلك أن أهل العلم أنزلوه على وجه المعروف ولم ينزلوه على وجه البيع. اهـ.



باب الربا

والرِّبَا محرَّمٌ في البيوعِ والدُّيونِ في أموالٍ مخصوصةٍ[(١)].

---

(١) وحرمة الربا ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: ٢٧٥] وما بعدها من الآيات.

وأما السنة: فقوله ﷺ: «**اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُوبِقَاتِ**». قيل: يا رسول الله وما هن؟ قال: «**الشِّرْكُ بِاللهِ، وَالسِّحْرُ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلَّا بِالْحَقِّ، وَأَكْلُ مَالِ الْيَتِيمِ، وَأَكْلُ الرِّبَا، وَالتَّوَلِّي يَوْمَ الزَّحْفِ، وَقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ**». أخرجه الشيخان عن أبي هريرة.

وأجمعت الأمة على تحريم الربا في الجملة، وإن اختلفوا في بعض تفاصيله.

والربا في اللغة: الزيادة؛ قال تعالى: ﴿فَإِذَآ أَنزَلْنَا عَلَيْهَا ٱلْمَآءَ ٱهْتَزَّتْ وَرَبَتْ﴾ [الحج: ٥]. ويقال: أربى فلان على فلان، إذا زاد عليه. ومعناه في الشرع: زيادة في أحد العوضين أو تأخر في القبض، في أموال مخصوصة في البيوع والديون.

أما ربا البيوع؛ فهو في شيئين:

الأول: الزيادة في أحد العوضين في بيع أحد النقدين (الذهب والفضة) بمثله. ومثل الزيادة التأخير في التقابض في بيع أحدهما بمثله أو بالآخر. وذلك في عقد الصرف؛ وهو بيع أحد النقدين بالآخر أو بالفلوس (نقود نحاسية)، والمبادلة؛ وهي بيع أحدهما بمثله عدداً، والمراطلة؛ وهي بيع أحدهما بمثله وزناً.

والعملات النقدية الحديثة تجري مجرى الذهب والفضة في بيع بعضها =

وهو نوعانِ: رِبَا الفضْلِ، ورِبَا النَّسيئةِ(١).

فأمَّا رِبَا الفضْلِ؛ فهو الزِّيادةُ في أحدِ العوضيْنِ المتجانسيْنِ في البَيْعِ ممَّا تجمعُهما علَّةٌ واحدةٌ.

وأمَّا رِبَا النسيئةِ؛ فهو بَيْعٌ من غيرِ تقابضٍ عند العَقْدِ، في العوضيْنِ المتجانسيْنِ أو غيرِ المتجانسيْنِ إذا كانت تجمعُهما علَّةٌ واحدةٌ(٢).

= ببعض، فيكون بيع مبلغ من عملة كالدينار الجزائري بمبلغ من عملة مثلها، مبادلة، وبيعه بمبلغ من عملة أخرى كالدرهم المغربي، صرفاً.

الثاني: الزيادة في أحد العوضين في المقايضة بين أصناف من الأطعمة، سيأتي تفصيلها.

وأما ربا الديون؛ فهو الزيادة المشروطة على مجرد الدين الناشئ عن قرض، أو ثمن بيع مؤجل، أو غيرهما، كالفوائد القانونية والتجارية. وكذلك الزيادة المشروطة في الدين في نظير تمديد أجله، أو الحط منه في نظير تعجيل قضائه، على مبدأ «ضع وتعجل».

وأما حسم سندات الديون؛ فهو من ربا البيع، وتتعامل به البنوك الربوية وبعض الشركات المالية.

(١) النسيئة في اللغة ـ ويقال أيضاً: النَّسا والنَّساء؛ ممدوداً ومقصوراً ـ معناها التأخير. فربا النسيئة يعني الربا الذي هو التأخير، من إضافة الشيء إلى نفسه، أو إلى ما يفسره.

(٢) مثال ربا الفضل: بيع صاعين من حنطة من نوع معين، بصاع من نوع أجود منه، أو بيع أوقية من ذهب من عيار معين، بنصف أوقية من عيار أجود منه. ومثال ربا النسيئة في المتجانسين: مبادلة ألف دينار جزائري بمثلها من غير تقابض. ومثال غير المتجانسين مما تجمعهما علة واحدة: بيع ألف دينار جزائري بمبلغ من الفرنك الفرنسي، من غير تقابض. والعلة الجامعة بينهما: أنهما أصول الأثمان في الأعيان والمنافع، ومعيار التقويم للأشياء القائمة والتالفة. =

والأموالُ التي يحْرُمُ فيها الرِّبَا في الجملةِ نوعانِ: الأطْعمةُ، والذَّهَبُ والفضَّةُ، وسائِرُ ما جَرَى مَجْراهما في تَحْديدِ القِيمِ والأَثْمَانِ، من العُملاتِ النَّقْديةِ الحديثةِ.

وإذا اجتمعَ الفضْلُ والنَّسيئةُ في بيْعِ متجانسيْنِ، حرُمَ في جميعِ الأموالِ(١).

= ويلاحظ أن تأخر قبض أحد العوضين عن العقد، كتأخرهما معاً، فيبطل الصرف إذا تعاقدا وأخرا التقابض. ولا عبرة بالمجلس عند علمائنا، فلو تأخر التقابض وهما في المجلس، لبطل العقد؛ لحديث عبادة بن الصامت الآتي: «**مِثْلاً بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ، يَداً بِيَدٍ**». يعني مقابضة، وقبض أحدهما في أول المجلس والآخَرُ في آخره، لا يعدُّ يداً بيد.

وفي حديث عمر بن الخطاب الآتي أيضاً: «**الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ رِباً إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ**». وقال مثل ذلك في البر بالبر، والتمر بالتمر، والشعير بالشعير. ومعناه: هاكَ وهاتِ، أو خُذْ وأعطِ، فهو كالأول يداً بيد. فدل الحديثان كلاهما على أن المشروط في الصرف تنجيز التقابض بإِثْر العقد، دون اعتبار بقاء المجلس. قال ابن عبد البر في «التمهيد»: قال ابن القاسم عن مالك: لا يصح الصرف إلا يداً بيد، فإن لم ينتقده ومكث معه من غدوة إلى ضحوة قاعداً، وقد تصارفا غدوة فتقابضا ضحوة، لم يصح هذا ولا يكون الصرف إلا عند الإيجاب بالكلام، ولو انتقلا من ذلك المكان إلى موضع غيره، لم يصح تقابضهما. اهـ.

(١) كما إذا باعه ثوباً بثوبين من صنف واحد إلى أجل، أو فرساً بفرسين إلى أجل، فلا يجوز، مع أن الثياب والحيوان لا يحرم فيها ربا الفضل، ولا ربا النسيئة. وسيأتي إيضاحه في باب السلم إن شاء الله.

فَصْلٌ
في ربا الأطعمة

لا يجوزُ بَيْعُ طعامٍ بطعامٍ نسيئةً مُطلقاً، كبَيْعِ النَّقْدِ بالنَّقْدِ[1].

---

(١) يعني كما لا يجوز التأخير في التقابض في بيع نقد بنقد مطلقاً، كذلك لا يجوز التأخير في بيع طعام بطعام. والطعام كل ما يأكله ابن آدم أو يشربه على وجه التغذي، سوى الماء، يدخل في ذلك الربوي وهو المقتات المدخر للعيش غالباً، كالبر والشعير والأرز وسائر القطاني، وغير الربوي كالبقول والخضروات وسائر فواكه الثمار وعصيرها. فلا يجوز مبادلة شيء من ذلك بشيء آخر من جنسه أو من غير جنسه، إلا يداً بيد.

ودليل المنع إجماع أهل المدينة؛ قال مالك في «الموطأ»: الأمر المجتمع عليه عندنا: أن لا تباع الحنطة بالحنطة، ولا التمر بالتمر، ولا الحنطة بالتمر، ولا التمر بالزبيب، ولا الحنطة بالزبيب، ولا شيء من الطعام كله إلا يداً بيد. فإن دخل شيئاً من ذلك الأجلُ، لم يصح وكان حراماً، ولا شيء من الأُدُم كلِّها إلا يداً بيد.اهـ. قال ابن عبد البر في «الاستذكار»: وقولُ مالك في الطعام كله، والإدام؛ إنه لا يجوز في شيء منه النسيئةُ، هو قولُ جمهور علماء الأمة. وقال في موضع آخر من ترجمة: ما جاء في الصرف: ولا خلاف بين علماء الأمة، أنه لا يجوز النسيئةُ في بيع الذهب بالورق، وكذلك حكم الطعام بالطعام عند الجمهور.اهـ.

ومن الحجة له من جهة السنة، قوله ﷺ في حديث عبادة بن الصامت الآتي: «**فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِذَا كَانَ يَداً بِيَدٍ**». فاشترط المقابضة في بيع الأصناف الستة المذكورة، بعضها ببعض؛ ودل الإجماع على استثناء البر إذا بيع بالذهب أو الفضة نسيئة، فإنه جائز، ومثله الشعير والتمر والملح. فبقي ما سواها على المنع، وهو بيع الذهب بالفضة، وبيع سائر الأصناف الأربعة بعضها ببعض، كالبر أو الشعير بالتمر، فلم تجز فيه النسيئة.

وكلُّ طعام يُدَّخرُ للاقتياتِ في الغالبِ(١)، إذا بِيعَ بمثْلِهِ أو صنفِهِ لم يَجُز إلَّا بشَرْطيْنِ: التماثلُ في العوضيْنِ، والتقابضُ إثْرَ العَقْدِ(٢). كالحِنطةِ بالحِنطةِ، والشَّعيرِ بالشَّعيرِ، والتَّمرِ بالتَّمرِ، والزَّبيبِ بالزَّبيبِ.

---

(١) الأطعمة التي يطعمها الإنسان صنفان: مقتات وغير مقتات. ومعنى الاقتيات أن تقوم عليه بنية بدن ابن آدم. فكل مطعوم إذا أثبتت التجربة أن البنية تقوم عليه فيما لو استقل أحد بأكله، فهو مقتات. فإذا كان مما يدخر في الغالب، فهو مال ربوي، يشترط في بيعه بمثله أو بجنسه التماثل مع التناجز، وفي بيعه بغير جنسه التناجز دون التماثل. وذلك مثل: القمح والشعير، والأرز، والتمر والذرة. ومعنى الادخار: أن لا يفسد بتأخيره إلا أن يخرج التأخير عن العادة.

(٢) فإذا حصل تفاضل بين العوضين، ولو كان أحدهما رديئاً والآخر جيداً، أو تأخر التقابض عن العقد حرُم؛ لحديث عبادة بن الصامت، قال: قال رسول الله ﷺ: «**الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلاً بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ، يَداً بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِذَا كَانَ يَداً بِيَدٍ**». أخرجه مسلم، وأخرج نحوه من حديث أبي سعيد. والجملة الأخيرة: «**فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ...**» انعقد الإجماع على ترك العمل ببعضها، إذ يجوز بيع البُرّ بالذهب نسيئة إجماعاً. قال المغربي في شرح «بلوغ المرام»: وأجمع العلماء على جواز بيع الربوي بربوي لا يشاركه في العلة، متفاضلاً أو مؤجلاً، كبيع الذهب بالحنطة، وبيع الفضة بالشعير، وغيره من المكيل. اهـ.

وحمل الشوكاني الحديث على ظاهره، في كتابيه «السيل الجرار» و«نيل الأوطار» فمنع النسيئة في مثل بيع البر أو التمر بالدنانير أو بالدراهم. وقال في الإجماع الذي حكاه المغربي: فإذا صح هذا الإجماع كان حجة عند من يرى حجيته. وهذا يُفهم أن الإجماع ليس بحجة عنده؛ وتصرفه في =

....

= «نيل الأوطار» يدل على ذلك غير أنه لا يصرح به، كما لا يصرح بنفي حجية القياس، وإن كان تصرفه يدل عليه. ثم قال: وقد استدل من جوَّز ذلك، بما صح في «الصحيحين» وغيرهما، من حديث عائشة قالت: اشترى رسول الله ﷺ من يهودي طعاماً بنسيئة، وأعطاه درعاً له رهناً. ولا معارضة بين هذا وبين حديث عبادة؛ لإمكان الجمع بأن هذا مخصِّص لاشتراط التقابض بمثل هذه الصورة، إذا سلَّم المشتري رهناً في الثمن. اهـ.

قلت: حديث عائشة ترجم عليه البخاري في كتاب البيوع بقوله: باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة. قال الحافظ في «فتح الباري»: لعل المصنف تخيل أن أحداً يتخيلُ أنه ﷺ لا يشتري بالنسيئة؛ لأنها دين، فأراد دفْع ذلك التخيل، وأورد المصنف فيه حديثي عائشة وأنس، في أنه ﷺ اشترى شعيراً إلى أجل ورهن عليه درعه. اهـ. وقال ابن بطال: العلماء مجمعون على جواز البيع بالنسيئة؛ لأن النبي ﷺ اشترى الشعير من اليهودي نسيئة. وقال ابن عباس: البيع بالنسيئة في كتاب الله وقرأ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ ...﴾ الآية [البقرة: ٢٨٢].

فإن انفصل الشوكاني من هذا بادعاء أن الإجماع الذي أومأ إليه ابن حجر وصرح به ابن بطال، أعم من المدعى، وهو بيع النسيئة في أشياء مخصوصة مثل التمر بالذهب، أو لكونه لا يُسلم بحجية الإجماع، كما انفصل من الحديث الآنف بدعوى التخصيص فيه لحديث عبادة، قيل له: أليس قد ثبت بما لا مرد له أن السلم الذي وجد رسول الله ﷺ أهل المدينة يتعاملون به، فأقرهم عليه واشترط عليهم أن يكون في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم، كان في الثمار؟ فثبت من هذا، ومن حديث عائشة في رهن الدرع، ومن كون رأس مال السلم في الأصل والغالب من أحد النقدين، أنه عليه الصلاة والسلام أجاز بيع التمر بالذهب أو الفضة نسيئةً، وثبت ما قلناه من أن قوله ﷺ في حديث عبادة: «**فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِذَا كَانَ يَداً بِيَدٍ**» مقصور على صنفين تجمعهما علة واحدة، كالتمر بالبر، والذهب بالفضة. والله أعلم.

=

....

=

- **فرع في تخريج علة الربا في غير النقدين:**

وبالسبر والتقسيم استنبط علماؤنا، في المعتمد من أقوالهم، من حديث عبادة: أن الوصف الجامع بين المذكورات الأربعة، عدا النقدين: الذهب والفضة، كونها من الأقوات التي تدخر للعيش غالباً. فالعلة في ربويتها هي الاقتيات مع الادخار. يبين ذلك أنه ﷺ ذكر ستة أشياء: اثنان منها نقد، وثلاثة مقتاتة مدخرة، وواحد مصلح للطعام. فلو كان المقصود من ذكر هذه المسميات التنبيه إلى مجرد الطعمية (كونها مأكولة) لاكتفى بواحد منها، إذ الأكل متساوٍ في جميعها، ولو كان المقصود التنبيه إلى الكيل أو الوزن لاكتفى بواحد أيضاً، إذ الكيل متساوٍ في جميعها. أما على القول بالاقتيات والادخار، ففي كل مذكور من المذكورات فائدة. فالبُرّ مثال لكل مقتات تعم الحاجة إليه، وتقوم الأبدان بتناوله، والشعير كذلك إلا أنه يختص بكونه علفاً للحيوانات، ويُقتات في حالات الاضطرار، فتكون الذرة والدخن بمعناه. والتمر مثال لكل حلاوة مدخرة غالباً لأصل المعاش، كالعسل والزبيب والسكر، وما في معناه، والملح مثال لكل ما يُصلح المقتات من المأكولات كالأبازير (التوابل أو البهارات).

- **فرع في كيفية تحقق المماثلة:**

تتحقق المماثلة بالمساواة في القدر المحدد بالمعيار الذي يباع به ذلك الطعام؛ كيلاً في المكيل، ووزناً في الموزون. وقد سبق في فصل بيع الجزاف مبسوطاً بدليله؛ أن المعتبر في تمييز المكيل من الموزون يرجع إلى عرف التعامل بين الناس، فما عرف مكيلاً فهو مكيل، وما عرف موزوناً فهو موزون، وتختلف الأزمان والبلدان في ذلك. فلا تتحقق المماثلة، فيما قُدِّر بغير معياره الشرعي، كوزن المكيل، وكيل الموزون، أو بِيعَ جزافاً؛ لأن في كل ذلك مظنة للتفاوت، والقاعدة في الربا: أن الجهل في التماثل كتحقق التفاضل.

وكلُّ مقتاتٍ مدَّخرٍ صنفٌ على حيالِهِ، ولوِ اختلفتْ أنواعُه، كأنواعِ البُرِّ والزَّبيبِ والتَّمرِ[١]. والبُرُّ والشَّعيرُ والسُّلتُ صنفٌ، فلا يباعُ بعضُها ببعضٍ إلَّا مِثْلاً بِمِثْلٍ[٢]. والعَلَسُ والأرُزُّ والدُّخْنُ

(١) لحديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة: أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر، فجاءه بتمر جنيب، فقال له رسول الله ﷺ: «**أَكُلُّ تَمْرِ خَيْبَرَ هَكَذَا؟**» فقال: لا والله يا رسول الله، إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة. فقال رسول الله ﷺ: «**لَا تَفْعَلْ، بِعِ الْجَمْعَ بِالدَّرَاهِمِ، ثُمَّ ابْتَعْ بِالدَّرَاهِمِ جَنِيباً**». أخرجه مالك والشيخان. **جنيب**: تمر من نوع جيد. **الجمع**: التمر المخلوط من عدة أصناف فيها الرديء والدقل.

(٢) **السلت**: نوع من الشعير يسمى عندنا في المغرب: شعير النبي.

واستدل مالك في «الموطأ» لاتحاد جنس القمح والشعير، بآثار أخرجها عن سعد بن أبي وقاص، وعبد الرحمٰن بن الأسود بن عبد يغوث، وابن معيقيب الدوسي، أنهم كانوا يذهبون إلى ذلك. قال مالك: وهو الأمر عندنا. وأخرج مسلم عن معمر بن عبد الله، أنه أرسل غلامه بصاع قمح، فقال: بعه ثم اشتر به شعيراً، فذهب الغلام فأخذ صاعاً وزيادةَ بعضِ صاعٍ، فلما جاء معمراً أخبره بذلك، فقال له معمر: لم فعلت ذلك؟ انطلق فرده، ولا تأخذَنَّ إلا مثلاً بمثل، فإني كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول: «**الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلاً بِمِثْلٍ**». قال: وكان طعامنا يومئذ الشعير. قيل له: فإنه ليس بمثله! قال: فإني أخاف أن يضارعَ.

والدليل على ذلك من جهة المعنى: أن هذه الأشياء الثلاثة لا ينفك بعضها عن بعض في المنبت والمحصد، ومنافعها متقاربة ومقاصدها متساوية، فوجب أن يكون جنسها واحداً، كأنواع البُرّ، فبين أعلاها وأدناها من التفاوت، قريب مما بين البر والشعير. فلما أجمعوا على أنه لا يجوز التفاضل بين أدنى البر وأعلاه، لتقارب الغرض فيهما، جاز أن يلغى فارق الصورة والاسم بين البر والشعير، ويثبت لهما حكم أحدهما.

=

والذُّرَةُ، أصنافٌ مستقلَّةٌ(١). والقطانِيُّ أصنافٌ مختلفَةٌ، يُباعُ بعضُها ببعضٍ متفاضِلاً، وإن كانَتْ صنفاً واحداً في الزَّكاةِ(٢). واللَّحمُ أربعةُ أصنافٍ؛ ذواتُ الأربعِ من الأنْعامِ وغيرِها صنفٌ سواءٌ منها إنسيُّها ووحشيُّها، والطَّيرُ على اختلافِهِ صنفٌ، والمَائياتُ من السَّمكِ وغيرِه صنفٌ، والجرادُ صنفٌ. والتوابلُ وسائرُ مُصْلحاتِ الطَّعَامِ أصنافٌ مختلفةٌ(٣).

= وبقول مالك في اتحاد جنسية القمح والشعير، قال الليث والأوزاعي. قال المازري: هو قول أكثر المدنيين وأكثر الشاميين.

(١) **العلس**، ويقال له: الإشقالية: حب صغير مستطيل يشبه البُرّ، يقال: إنه كان طعام أهل اليمن. والمشهور في المذهب أنه جنس منفرد بنفسه، وهو قول ابن القاسم وأصبغ. وروى ابن حبيب عن المدنيين، وهو قول ابن كنانة، أنهم صنفوه مع البُرّ في الزكاة والربا، لشَبَهِهِ به.

والدُّخْن، ويقال له: الجاوَرْس: حب صغير فوق البرسيم، يقال: إنه كان طعام السودان.

(٢) **والقطاني**: الفول أو الباقلاء، والجلبان أو البازلاء، واللوبيا أو الفاصولياء، والحمص، والعدس، والترمس، والكِرْسِنَّة وهي جلبان صغير الحب ويسمى البسيلة أيضاً. وسميت بهذا الاسم الجامع، أعني القطاني أو القطنية؛ لأنها حبوب مغلفة في مزاود، وتقطن في البيوت (أي: تدخر) بعد الجفاف.

(٣) **التوابل**: جمع تابل، وهي أبازير الطعام، مثل الفُلفُل الأسود، والكُزْبَرَة، والكَرَوْيَا وتسمى القَرْنَبَاذ، والزنجبيل، والأنيسون ويسمى حبة الحلواء، والشَّمَار وهو بزر البسباس، والكمون الأسود وهو الشونيز والأبيض وسائر أنواعه. فهذه التوابل على اختلافها، أموال ربوية؛ قياساً على الملح الذي ثبت حكمه بالنص بجامع أنها من مصلحات الطعام. فلا يجوز مبادلة =

والزيوتُ النباتيةُ أصنافٌ، كحبوبِها[١]، والخُلولُ صنفٌ واحدٌ، كالأَنْبِذَةِ والألبانِ.

وما يُؤكلُ أو يُشرَبُ على وجهِ الدَّواءِ كالسِّيرُو والأَسْبِرينِ، ليس رِبَوِيّاً، كالمياهِ[٢].

= شيء منها بمثله إلا مثلاً بمثل يداً بيد، وإذا اختلفت جاز فيها التفاضل وامتنع النَّساء؛ لأن كل واحد منها جنس على حياله، كالبر مع التمر، والحمص مع العدس، وسائر المختلفين في الجنس المتحدين في العلة.

والبصل والثوم من الأموال الربوية أيضاً؛ لأنها وإن أكلت نيئة وطبخت منفردة، فهي من مصلحات الطعام، فجرت مجرى الملح، بخلاف سائر البقول والخضروات. فلا يجوز مبادلة البصل رطباً أو يابساً بمثله إلا مثلاً بمثل، يداً بيد. وكذلك الثوم. ويجوز الثوم بالبصل مع التفاضل إذا كان يداً بيد.

• **تنبيه فيما ينقل الجنس:**

لا ينتقل الطعام من صنفه، إلا إذا أحدثت فيه الصنعة تغييراً يفقد معه صفاته، فإذا صار إلى ذلك جاز التفاضل بينه وبين أصله المنقول عنه. كالحنطة مثلاً، لا يجوز التفاضل بين حبها وطحينها ولا عجينها؛ لأن الطحن تفريق للأجزاء، والعجن خلط للمفرق بالماء، وكل ذلك ليس صنعة ناقلة للحنطة عن أصلها، ويجوز التفاضل بين هذه الثلاثة، وبين خبزها لتغيره بالنار. وكذلك يجوز التفاضل في اللحم النيء بالمطبوخ، والرطب والتمر والزبيب بخلولها.

(١) كالزيتون والسمسم والقرطم والفجل الأحمر.

(٢) لأن منافع الأدوية تصلح البدن من الأمراض، فاختلفت عن منافع الأغذية، فلا يصدق عليها اسم الطعام، وكذلك لا يصدق اسم الطعام على الماء في اللغة، ولا تختص منافعه بالغذاء. ولهذا قال مالك في «المدونة»: لا بأس ببيع الماء قبل أن يستوفى. وقال: لا بأس بالماء واحداً باثنين يداً بيد، ولا بأس بالطعام بالماء إلى أجل. اهـ.

ولا يحرُمُ التفاضلُ في ثمارِ الفواكهِ، كالتُّفاحِ والرُّمانِ والكُمَّثْرَى، ولا في الخُضْروات كلِّها، كالخيارِ والبِطِّيخِ والقثّاءِ والجزَرِ والفُجلِ والبطاطا.

فَصْلٌ
في بيع العرايا(١)

مَنْ أُعرِيَ عَرِيَّةَ نخلٍ أو غيرِه مما تيْبَسُ ثمَرَتُه وتُدَّخرُ، كالتَّمرِ

---

(١) **العرايا**: جمع عرية، وهي هبة ثمرة شجرة أو عدة أشجار لسنة أو أكثر. فواهب الثمرة هو المعرِي صاحب البستان، والموهوب منه هو المعرَى منه. وبيع العرايا أن يبيع المعرَى منه ما مَلَكَ من ثمار العرايا لصاحبها الذي أعراها منه. والعرية بهذا المعنى تختلف عن تفسيرها عند الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، وقد عقد الإمام البخاري في كتاب البيوع باباً بعنوان: تفسير العرايا، ذكر فيه الخلاف بين مالك والشافعي في معنى العرية.

وقد رغب الإسلام في هبة المنافع والغلات؛ ابتغاء الثواب من الله ومواساة للفقراء، يدل على ذلك قول رسول الله ﷺ: «**أَرْبَعُونَ خَصْلَةً، أَعْلَاهُنَّ مَنِيحَةُ الْعَنْزِ، مَا مِنْ عَامِلٍ يَعْمَلُ بِخَصْلَةٍ مِنْهَا، رَجَاءَ ثَوَابِهَا، وَتَصْدِيقَ مَوْعُودِهَا، إِلَّا أَدْخَلَهُ اللهُ بِهَا الْجَنَّةَ**». أخرجه البخاري عن عبد الله بن عمرو بن العاص.
فالعريّة: هبة الثمار في النخل وسائر الأشجار. **والعارية**: تمليك المنافع. وإفقار الظهر: إعارة الدابة للركوب؛ مأخوذ من فِقَار الظهر، وهو عِظام سلسلته. **ومنحة الضرع ومنيحته**: تمليك لبن الشاة أو الناقة مدة تكون عنده يحلبها. **وإسكان الدار**: هبة منافعها مدة معلومة؛ فإن كانت المدة مقدرة بعمر الواهب أو الموهوب، سميت: عمرى، وإن كانت مقدرة بأقربهما موتاً، سمت: رقبى؛ كأن كل واحد منهما يرتقب موت صاحبه. **والإخدام**: إعارة الغلام أو الجارية للخدمة مدة معلومة. **وإطراق الفحل**: إعارته للنزو على إناث غيره. **وإحلال الفرج**: إعارة الجارية للاستمتاع وهو محرم في الإسلام. =

والعنبِ والتِّينِ والجَوزِ واللَّوزِ(١)، فله بَيْعُها مِمَّنْ أعْرَاهُ إيَّاها أو مِمَّنْ مَلكَ البستانَ من بعدِه بالشِّراءِ أو الميراثِ، وهي على رُؤُوسِ الشَّجرِ، بمِثْلِ خَرْصِها ثمراً مجنيّاً من جنسِها؛ تَمْراً في الرُّطَبِ، وزبيباً في العنبِ، ونحوَ ذلك(٢).

= وانظر أول كتاب العرايا وأول كتاب العارية من «الذخيرة» للقرافي.

(١) أما ما لا ييبس من الثمار، كالموز والخوخ والرمان وسائر فواكه الثمار الرطبة، فلا يجوز فيه البيع على الصفة المذكورة؛ لتعذر تطبيق شرطه.

(٢) وذلك بأن يؤتى بخارص، وهو الخبير بحزر الثمار، فيخرص عرية النخيل أو الأعناب مثلاً، فيقول: يجيء من هذه النخلات ثلاثة أوسق تمراً، أو من هذه الدوالي خمسة أوسق زبيباً، مثلاً. فيكون على المعري في ذمته ثلاثة أوسق من التمر في الأول، وخمسة أوسق من الزبيب في الثاني، يسلمها للمعرَى منه عند الجني.

وبيع العرية بهذه الصفة يشتمل على الربا فضلاً ونسيئة؛ لعدم تحقق المساواة في العوضين في معيارهما الشرعي من الكيل أو الوزن، ولتأجيل قبض العوض. فشرعت على سبيل الترخيص لدفع الحرج عن المعري أو جلب التيسير للمعرَى منه؛ دل على ذلك حديث ابن عمر، عن زيد بن ثابت: أن رسول الله ﷺ أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخِرْصها. وعن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ أرخص في بيع العرايا بخِرصها، فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق؛ يشك داود؛ قال: خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق. أخرجهما مالك والشيخان. **داود**: هو ابن الحصين شيخ مالك. فقوله: «**أرخص**» يدل على أن ذلك غير جائز في الأصل، وبينتْه أيضاً رواية سهل بن أبي حثمة وأبي رافع، فيما رواه بُشير بن يسار مولى بني حارثة، عنهما أنهما حدثاه: أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة؛ بيعِ الثَّمَر بالتَّمر، إلا أصحاب العرايا فإنه أذن لهم. أخرجه الشيخان.

وشَرْطُ جوازِ بَيْعِها على نحوِ ما وصفْتُ أربعةُ أشياءَ[١]: **الأولُ**: أن يكونَ قدْ بدَا صلاحُها. **والثاني**: أن يكونَ قدْرُها خمسةَ أوسقٍ فما دونَها. **والثالثُ**: أن يكونَ العِوضُ دَيناً في ذمَّةِ المُعرِي. **والرابعُ**: أن يتأخَّرَ قبضُه إلى وقتِ جنْيِ العريَّةِ[٢].

وأما بَيْعُ العريَّةِ بالأثمانِ النَّقْديةِ بعدَ بُدُو صلاحِها، فسائغٌ لمَنْ شاءَ وكيفَ شاءَ.

---

(١) وزاد ابن القاسم شرطاً خامساً؛ وهو أن يكون صاحب البستان قد وهب الثمرة بلفظ العرية؛ لأن لها معنى يميزها عن الهبة، فوجب تمييزها باسمها الخاص، وذلك أن العرية ينضاف مِلْكها إلى ما بعد طيب الثمرة بخلاف الهبة، لذلك يجب على المعري السقي والزكاة. ولم يراعِ ابن حبيب هذا الشرط.

(٢) أما بدو الصلاح؛ فلأنه شرط في بيع جميع الثمار كما سبق، وأما تحديدها بما لا يزيد على خمسة أوسق، وهي ستون صاعاً نصابُ الزكاة؛ فللحديث السابق من رواية أبي هريرة. وأما كون الثمن ديناً في ذمة المعري إلى الجني، فلأن بيع العرايا ليس من البيوع المحضة، وإنما هو إحسان ومعروف، كالإقالة والتولية والشركة، وشرط هذه العقود الثلاثة أن تبنى على نفس عقودها الأصلية في قدر الثمن وصفته. فإذا كان ثمن العقد الأصلي مؤجلاً بأجل، ففي الإقالة منه والشركة فيه والتولية له، يكون إلى ذلك الأجل. ولما كان المعرَى منه لا ينتفع بالثمرة ـ فيما لو لم يبعها ـ إلا بعد طيبها، فإن في تعجيل بدلها من خِرْصها قبل ذلك الوقت، مزيةً يفوز بها على صاحبه إذ يتأخر انتفاعه إلى وقت الجني.

وإنما لم يجز أن يتعين العوض في ثمر من بستان بعينه، أو مخزن بعينه؛ لأن التعيين مع تأخير القبض مخالف لأصول المعاوضات، فإن تمليك الأعيان بطريق المعاوضة لا يقبل التأخير.

فَصْل
في ربا النقد وأحكام الصرف

لا يجوزُ بَيْعُ الذَّهَبِ بمِثْلِه، ولا الفِضَّةِ بمِثْلِها، إلَّا مِثْلاً بمِثْلٍ يداً بيدٍ[١]. ولا يجوزُ بَيْعُ أحدِهما بالآخرِ، ولا بشيءٍ من النَّقْدِ

---

(١) على أي صفة كان الذهب والفضة؛ نقوداً من دنانير ودراهم وهو ما يسمى بالعين، أو تبراً، أو مصوغاً حُلِياً أو أوانِيَ أو تُحفاً. وإن كان يحرم اقتناء الأواني والتحف من النقدين، كما سبق في كتاب الطهارة. ولا عبرة بتفاوت الجودة، فإذا بيعت أوقية من الذهب، مثلاً، من عيار معين بأقل منها من عيار أعلى لم يجز.

والدليل على ذلك حديث عبادة بن الصامت المتقدم: «**الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ... مِثْلاً بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ، يَداً بِيَدٍ**». وروى أبو سعيد الخدري نحوه، وزاد: «**فَمَنْ زَادَ أَوِ اسْتَزَادَ فَقَدْ أَرْبَى، الآخِذُ وَالْمُعْطِي فِيهِ سَوَاءٌ**». أخرجه مسلم. وعنه: أن رسول الله ﷺ قال: «**لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، إِلَّا مِثْلاً بِمِثْلٍ، وَلَا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ. وَلَا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ، إِلَّا مِثْلاً بِمِثْلٍ، وَلَا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ. وَلَا تَبِيعُوا مِنْهَا شَيْئاً غَائِباً بِنَاجِزٍ**». أخرجه مالك والشيخان. **الورِق**: الفضة. **تُشِفُّوا**: تفضلوا.

ويدل على أن الصياغة لا تأثير لها في هذا الحكم، عموم الأحاديث السابقة وخصوص حديث فضالة بن عبيد الأنصاري، قال: اشتريت يوم خيبر قلادة باثني عشر ديناراً، فيها ذهب وخرز، ففَصَّلْتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر ديناراً، فذكرت ذلك للنبي ﷺ، فقال: «**لَا تُبَاعُ حَتَّى تُفَصَّلَ**». أخرجه مسلم. وأخرج مالك عن حميد بن قيس المكي عن مجاهد، أنه قال: كنت مع عبد الله بن عمر، فجاءه صائغ فقال له: يا أبا عبد الرحمٰن إني أصوغ الذهب، ثم أبيع الشيء من ذلك بأكثر من وزنه، فأستفضلُ من ذلك قدْرَ عمل يدي. فنهاه عبد الله عن ذلك، فجعل الصائغ يردد عليه المسألة، وعبد الله ينهاه، حتى انتهى إلى باب المسجد أو إلى دابة يريد أن يركبها، ثم قال =

....

= عبد الله بن عمر: الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم، لا فضل بينهما هذا عهد نبينا إلينا، وعهدنا إليكم.

وقال ابن عبد البر في «التمهيد»: ولا أعلم أحداً من العلماء، حرم التفاضلَ في المضروبِ العينِ من الذهب والفضة المُدَرْهَمة، دون التبر والمصوغ منهما، إلا شيءٌ جاء عن معاوية بن أبي سفيان، روي عنه من وجوه، وقد أجمعوا على خلافه، فأغنى إجماعُهم على ذلك، عن الاستشهاد فيه بغيره. ثم قال: فالفضة السوداء والبيضاء، والذهب الأحمر والأصفر، كل ذلك لا يجوز بيعُ بعضه ببعض، إلا مثلاً بمثل، وزناً بوزن، سواءً بسواءٍ، على كل حال، إلا أن تكون إحدى الفضتين أو إحدى الذهبين، فيه دخَلٌ من غير جنسه. فإن كانت كذلك، لم يجز بيع بعضها ببعض البتة على حالٍ، إلا أن يحيط العلمُ أن الدخَل فيهما سواءٌ نحوُ السكة الواحدة؛ لعدم المماثلة؛ لأنا إذا عدمنا حقيقة المماثلة لم نأمن التفاضل. اهـ. ومعنى كلامه الأخير: أن الدنانير الذهبية أو الدراهم الفضية، إذا كانت من سكة واحدة، فإن الشوائب من المعادن الأخرى الداخلة فيها، متساوية النسبة فيها، فمبادلة بعضها ببعض إذا كان مثلاً بمثل مراطلة أو عدداً، لا ضرر فيه لتساوي كمية الذهب أو الفضة في العوضين.

والدليل على اشتراط التناجز في بيع الذهب بالفضة، وهو الصرف، حديث مالك بن أوس بن الحدثان النصري: أنه التمس صرفاً بمئة دينار، قال: فدعاني طلحة بن عبيد الله، فتراوضنا حتى اصطرف مني، وأخذ الذهب يقلبها في يده، ثم قال: حتى يأتيني خازني من الغابة، وعمر بن الخطاب يسمع، فقال عمر: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه، ثم قال: قال رسول الله ﷺ: **«الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رِباً، إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ رِباً، إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رِباً، إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رِباً، إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ»**. أخرجه مالك والشيخان. وعن أبي المنهال، قال: سألت البراء بن عازب وزيد بن أرقم عن الصرف، فكل واحد منهما يقول: هذا خير مني، فكلاهما يقول: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورق ديناً. أخرجه الشيخان. =

....

=

• **فائدة متممة:**

حديث أسامة بن زيد ﷺ رفعه: «**لَا رِباً إِلَّا فِي النَّسِيئَةِ**». أخرجه الشيخان. يفيد أن ربا الفضل غير محرم لا في النقدين ولا في الأطعمة، إلا أن العملَ به متروكٌ بإجماع أهل العلم من بعد الصحابة؛ لورود الأخبار عن أكثر من عشرة منهم ﷺ أجمعين، في إثبات حرمة ربا الفضل؛ خرج الطحاوي بعضها في «شرح معاني الآثار» ثم قال: فثبت بهذه الآثار المتواترة عن رسول الله ﷺ؛ أنه نهى عن بيع الفضة بالفضة والذهب بالذهب متفاضلاً، وكذلك سائرُ الأشياء المكيلاتِ التي قد ذكرت في هذه الآثار التي رويناها. فالعملُ بها أولى بنا من العمل بحديث أسامة الذي قد يجوز أن يكون تأويله على ما قد ذكرنا في هذا الباب. ثم إن أصحاب رسول الله ﷺ من بعده، قد ذهبوا في ذلك إلى ما تواترت به الآثار عن رسول الله ﷺ أيضاً. اهـ.

• **فرع في بيان علة الربا في الذهب والفضة:**

وعلة تحريم الربا في النقدين تفاضلاً ونسيئة هي الثمنية. قال القاضي عبد الوهاب في «المعونة»: فأما علة الذهب والفضة فكونهما أصول الأثمان وقيم المتلفات. اهـ.

وهذا المعنى موجود في النقدين الذهب والفضة وجوداً ثابتاً يتصل بالخلقة، فكان الربا متعلقاً بهما تعلقاً مطلقاً منفصلاً عن كونهما على صفة النقود، بل على أي صفة كانا كما أسلفت. وانقطاع التعامل بالنقود المتخذة منهما في عصرنا، لا يقطع حكم الربوية عنهما؛ لأنهما لم يزالا أساساً للتقويم الحقيقي، على معنى أنهما معيار لقيمة سائر الأموال وكل ما يتقوم، كالمنافع، وأضرار الجراح.

وأما النقود المتخذة من معادن غيرها، كالفلوس المتخذة من النحاس، فلا يتعلق الربا بها بمجرد اتخاذها نقداً في المشهور من أقوال شيوخ المذهب، حتى يغلب التعامل بها بين الناس. فإذا تعارف الناس نقداً من غير الذهب والفضة، وجرى التعامل به في تحديد أثمان الأعيان والمنافع وقيمها، =

المعاصِرِ، إلَّا يداً بيدٍ[(١)].

= حتى راج رواج الدنانير والدراهم في ذلك، ثبت له حكمهما، فلا يجوز مبادلة بعضه ببعض إلا مثلاً بمثل يداً بيد، ولا بيعه بالذهب ولا الفضة إلا يداً بيد. فقد قال مالك في كتاب الصرف من «المدونة» في فلوس النحاس: لا خير فيها نَظِرةً بالذهب ولا بالوَرِق، ولو أن الناس أجازوا بينهم الجلودَ حتى يكونَ لها سكةٌ وعينٌ، لكَرِهتُها أن تباع بالذهب والورق نَظِرَة. اهـ. **نَظِرَة**: نسيئة.

وأما إذا أجاز الناس بينهم نقداً من غير الذهب والفضة، إلا أنه لم يغلب غلبة النقود الرائجة في التعامل، فلا يكون الربا فضلاً ونسيئة محرماً فيه، بل مكروهاً؛ لتعارض أدلة التحريم فيه مع أدلة الإباحة.

وهذا في النقد القديم الذي لا يُمثل شيئاً غير ذاته.

وأما النقد المعاصر فليس له قيمة ذاتية تتصل بالمادة التي طبع منها، بل قيمته ائتمانية مستعارة، مبنية على الثقة بالجهة التي أصدرته، وهي اليوم الحكومات بوساطة بنوكها المركزية. فالربا لا يتعلق بالنقود المعاصرة لمعنى في ذاتها كالذهب والفضة، ولا لجريان التعامل بها كالفلوس، بل لكونها صكوكاً أو سندات ضامنة لنقد حقيقي قيمتُه تكمن في ذاته. فإذا كان في يدك (٨٥٠٠) دينار جزائري مثلاً، فهي بمثابة سند ضامن لك من البنك المركزي الجزائري، أنك تملك ديناراً من الذهب، فيما لو فرضنا أن وزن الدينار (٤,٢٥) غرام، وأن ١ غرام من الذهب يباع بـ (٢٠٠٠) دينار بالعملة الجزائرية الراهنة. فالنقود المعاصرة ما هي إلا نقود نائبة أو ممثلة للنقود الحقيقية التي تعتبر أساساً للتقويم؛ ولهذا المعنى تعلقت بها أحكام الذهب والفضة من الزكاة والربا. والله أعلم.

(١) فلا يجوز شراء الحلي من الذهب أو الفضة، بثمن من النقد المعاصر، إلا بشرط المناجزة؛ لأن له حكم الصرف، فإذا تأخر قبض الثمن كله أو بعضه، لم يجز.

ولا يجوزُ بَيْعُ النَّقْدِ المعاصِرِ، بعضِهِ ببعضٍ، إلَّا مِثْلاً بمِثْلٍ، يداً بيدٍ في العُملةِ الواحدةِ، ويداً بيدٍ فقط كالذَّهَبِ بالفِضَّةِ، بين عُملتَيْنِ مختلفتيْنِ(١).

وإذا وُجدَ في بعضِ عوضِ الصَّرفِ مغشوشٌ، أو زائفٌ، أو مزوَّرٌ، بطلَ العَقْدُ، إلَّا أن يرضى به المصطرِفُ.

ولا يجوزُ أن ينضمَّ إلى الصَّرفِ شيءٌ من المعاوضاتِ، كالبَيْعِ والإجارةِ والجعالةِ والنِّكاحِ(٢)، ولا شيءٌ من المعاملاتِ، كالقراضِ والمساقاةِ والشَّركةِ.

---

(١) ففي تبديل ورقة من فئة ألف دينار جزائري، إلى عشر أوراق من فئة مئة دينار، لا بد من التقابض الفوري، وكذلك في صرف الدينار الجزائري بالريال السعودي، أو الفرنك الفرنسي. ولا مانع أن يتم الصرف على وفق السعر الجاري في البورصات، أو حسب الاتفاق بين المصطرفين؛ لأن الصرف بيع من البيوع، فلهما أن يصطرفا على ما يتراضيان به، ولا يلزمهما أن يحتكما إلى سعر السوق.

(٢) لأن الصرف يختص بكونه مبنيّاً على التضييق، وامتناع الخيار والتأخير فيه، ولأن المشتري قد يطلع على عيب يوجب له خيار الرد، أو يظهر أن المبيع مستحَقٌّ من البائع، فيكون البيع مترقَّب الفسخ، والصرف يبطل بكل ما فيه مظنة للتأخير، فكان العقدان متضادين في أحكامهما، وإذا كان لا يجوز مع البيع الذي يعد الصرف أحد فروعه، فأولى أن لا يجوز مع الإجارة والنكاح وما ذُكر معهما.

وهذا هو المشهور. وأجاز أشهب اجتماع البيع والصرف، واستظهره ابن رشد.

فَصْلٌ
في أحكام الثمن

والثَّمنُ أحدُ العوضيْنِ، فيشترطُ فيه ما يشترطُ في المبيعِ.
والبائعُ بالخيارِ في كيفيةِ تحديدِه، إذا كان من النَّقْدِ؛ بالمساومةِ، أو المزايدةِ، أو المرابحةِ على ثمنِ الشِّراءِ السابقِ، أو بالاستئمانِ(١).

وإذا تبيَّنَ للبائعِ أو المشْتَرِي أنه غُبِنَ في الثَّمنِ(٢)، فلا خيارَ لهما، إلَّا في بَيْعِ الاستئمانِ(٣).

---

(١) **وبيع الاستئمان** ـ ويقال أيضاً: الائتمان والاسترسال ـ: أن يقول المشتري: بعني السلعة بمثل ما تبيع به من غيري. أو يقول البائع: اشتر مني بمثل ما تشتري به من غيري. فهو في الأول ائتمان من المشتري للبائع على الثمن، وفي الثاني ائتمان من البائع للمشتري.

ويجوز أن يكون الثمن حالّاً، أو مؤجلاً بأجل واحد، أو مقسطاً على عدة آجال، وهو شيء تعارفه أهل عصرنا ولم يكن في الأزمنة القديمة.

(٢) **والغبن**: هو الفرق الواقع بين الثمن المسمى، وبين قيمة السلعة؛ وهو سعرها في السوق. فإذا كان الثمن أكثر من القيمة، فالمشتري هو المغبون، وإذا كان أقل منها، فالغبن على البائع.

ولا عبرة بالغبن الطفيف المتعارف بين الناس؛ لأنه ليس من شرط الثمن أن يساوي القيمة. وإنما الغبن الذي يوجب الخيار هو الفاحش، كأن تكون السلعة تساوي مئة، فيشتريها بألف أو بعشرة. وحد الفحش في الغبن أن يبلغ ثلث القيمة أو يزيد عليه؛ لقوله ﷺ: «**الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ**».

(٣) وهذا هو المشهور. وفي رواية العراقيين عن مالك رحمه الله: أن الخيار ثابت أيضاً في بيع المساومة إذا كان المغبون جاهلاً بالقيم، وكان الغبن فاحشاً.

ويدل على ثبوت الخيار للمغبون في الجملة قول الله تعالى: =

ولا ينبغي أن يُسعَّرَ على الناسِ بحملِهم على ثمنٍ واحدٍ في شيءٍ واحدٍ[1]. وإذا عُرفَ سعرٌ في السُّوقِ، كان حقّاً لجميعِ تُجَّارِه،

= ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. والمغبون لم يكن راضياً حين تبين له أنه قد غبن، فكان غابنه آكلاً لماله بالباطل، فلم يجز. ولأن المشتري لما دخل وهو جاهل بقيمتها، دخل على أن يشتريها بما تسوى عند الناس، فكان غبنه في البيع من وجه الخديعة التي يثبت له بها الخيار، كمشتري السلعة المنجوشة. ولأنه إذا تبين أن قيمتها كانت قليلة بالنظر إلى ثمنها، فهو في معنى اطلاعه على عيب فيها لم يكن يعلمه. ومثل ذلك يقال في البائع إذا كان هو المغبون، بتنزيله منزلة المشتري، وتنزيل الثمن منزلة السلعة.

وهذه الأدلة كافية لرواية العراقيين. وأما وجه التخصيص بالمسترسل، على مشهور المذهب، فلأن غير المسترسل دخل على بصيرة بالقيمة، فكان كالواهب لما غُبن فيه، وكالعالم بالعيب الذي رضيه. وكذا لو استعجل، فجهل ما لو تَثَبَّت لَعَلِمه، لم يكن له خيار؛ لأن غبنه انبنى على تقصيره وتفريطه. ولأن النبي ﷺ قال: «**لَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ؛ دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقِ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ**». فعلل النهي بالرفق بأهل الحضر، كما أسلفت الإشارة إليه في موضعه، ولو ثبت الخيار للمغبون مطلقاً، لم يقل: «**دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقِ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ**».

والمسترسل سبق أنه هو الذي يقول لصاحبه: بعني بما تبيع به الناس، أو اشتر مني بما تشتري به من غيري. وهو مرادف للمستأمن والمستسلم. ولا يمتنع أن يدخل في معناه الجاهلُ بقيمة السلعة، الذي لا يحسن المبايعة، فكأنه استرسل إلى صاحبه، فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه. قال المازري في «المعلم»: المسترسل هو المستسلم لِبَيِّعِه.

(١) فإذا كان ذلك الشيء يباع بمقادير معلومة متساوية من الكيل أو الوزن، فالتسعير أن يجعل لكل مقدار سعراً محدداً، ككل كيلو أو كل لتر =

فَمَنْ بَاعَ بِمَا دُونَهُ أُمِرَ أن يَلْحَقَ بِسعرِ النَّاسِ، أو يخرجَ من السُّوقِ[(١)].

= بكذا. وقد يكون التسعير في تحديد كمية المبيع، كأن يجبر البائع على أن يبيع لكل مشتر رطلاً مثلاً، لا يزيد عليه، أو لا ينقص عنه.

ويدل على كراهة التسعير امتناع النبي ﷺ منه في حديث أنس، قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ، فقالوا: يا رسول الله لو سعرت؟ فقال: **«إِنَّ اللهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ، الْقَابِضُ، الْبَاسِطُ، الرَّازِقُ، وَإِنِّي لأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللهَ، وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يُطَالِبُنِي بِمَظْلَمَةٍ، فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ»**. أخرجه أصحاب السنن عدا النسائي، وصححه الترمذي وابن حبان. وله شاهد من حديث أبي هريرة وأبي سعيد الخدري عند أبي داود وابن ماجه، بإسنادين حسنين. ولأن الناس مسلطون على أموالهم، والتسعير حجر عليهم وحمل لهم على البيع بغير رضاهم.

واستحسن علماؤنا جواز تسعير المأكولات من المكيلات والموزونات، على تجارها في أسواقها دون الجالبين لها من خارجها، بشرط وجود مصلحة عامة تقتضي ذلك، وأن يجمع حاكم السوق وجوه تجاره، مع إحضار بعض العامة لاستظهار صدقهم، ويتشاور معهم في تحديد السعر العادل الذي لا يجحف بهم ولا يضر بالناس.

ووجه توافق هذا الاستحسان مع الحديث السابق: أن النبي ﷺ إنما امتنع من التسعير خشية الظلم، فلا مانع أن يفسر امتناعه بالنظر إلى حال السوق وما تقتضيه في ذلك الوقت، وأن التسعير إذا كان هو العدل والمصلحة في حق عامة الناس، فتركه قد يكون هو الظلم الذي ينبغي أن يخشاه الإمام، ويرفعه عن الناس. والله أعلم.

(١) لأنه قضاء عمر رضي الله عنه من غير أن يعلم له مخالف، فقد روى مالك عنه: أنه مر بحاطب بن أبي بلتعة، وهو يبيع زبيباً له بالسوق، فقال عمر بن الخطاب: إما أن تزيد في السعر، وإما أن ترفع من سوقنا.

ولا يجوزُ احتكارُ ما بالناسِ حاجةٌ إليه، مما يُباعُ في أسواقِ المسلمينَ من أقواتٍ وغيرِها(١).

---

(١) **الاحتكار**: أن يشتري شخص من الناس ـ كان تاجراً أو غيره ـ سلعة من السوق بكمية كبيرة، ثم يودعها عنده، يتربص بها الغلاء ليبيعها. أما من جلب سلعة من خارج السوق، فلا يعتبر محتكراً لها بإيداعها لوقت الغلاء.

ويدل على عدم جواز الاحتكار ما رواه سعيد بن المسيب عن معمر بن عبد الله العدوي: أن النبي ﷺ قال: «**لَا يَحْتَكِرُ إِلَّا خَاطِئٌ**». أخرجه مسلم. **خاطئ**: آثم مذنب؛ قال تعالى: ﴿إِنَّ فِرْعَوْنَ وَهَٰمَٰنَ وَجُنُودَهُمَا كَانُوا خَٰطِـِٔينَ﴾ [القصص: ٨]، وقال: ﴿قَالُوا يَٰٓأَبَانَا ٱسْتَغْفِرْ لَنَا ذُنُوبَنَآ إِنَّا كُنَّا خَٰطِـِٔينَ﴾ [يوسف: ٩٧].

وأخرج مالك بلاغاً عن عمر بن الخطاب، قال: لا حكرة في سوقنا، لا يعْمَدْ رجال بأيديهم فضولٌ من أذهابٍ إلى رزق من رزق الله نزل بساحتنا، فيحتكرونه علينا، ولكن أيما جالبٍ جلب على عمود كبده في الشتاء والصيف، فذلك ضيف عمر، فليَبِعْ كيف شاء الله، وليمسك كيف شاء الله. اهـ. **أذهاب**: جمع ذهب، والمقصود به هنا النقود. وعنه أيضاً: أنه بلغه أن عثمان بن عفان كان ينهى عن الحكرة.

والاحتكار المحظور لا يختص بالأقوات ولا الأطعمة، بل يعم كافة السلع التي يحتاج إليها الناس، كما يدل عليه إطلاق الحديث. قال ابن القاسم في «المدونة»: سمعت مالكاً يقول: الحكرة في كل شيء في السوق؛ من الطعام والزيت، والكتان، وجميع الأشياء، والصوف، وكل ما أضر بالسوق. اهـ.

• **فرع**:

ويجب على المحتكر أن يخرج ما احتكره إلى السوق، ويبيعه بثمن شرائه. فقد روى ابن مزين في كتابه عن عيسى بن دينار أنه قال فيه: يتوب، =

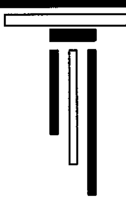
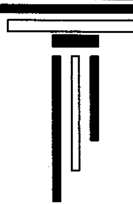
ومَنْ جلبَ طعاماً من خارجِ البلدِ، خُلِّي بينَهُ وبيْنَ ما جَلبَ؛ يَبيعُ كيفَ يَشاءُ(١).

* * *

= ويخرجه إلى السوق، ويبيعه من أهل الحاجة إليه بمثل ما اشتراه به؛ لا يزداد فيه شيئاً. قال الباجي في «المنتقى»: ووجه ذلك أن المنع قد تعلق بشرائه لحق الناس وأهل الحاجة، فإذا صرفه إليهم بمثل ما كانوا يأخذونه أولاً حين ابتياعه إياه، فقد رجع عن فعله الممنوع منه.

(١) لقول عمر السابق: ولكن أيما جالب جلب على عمود... إلخ. ولأن الجالب لم يتعدَّ بشراء السلعة من السوق والتسبب بذلك في قلتها وغلائها.



باب البيوع الفاسدة

يَفسدُ البَيْعُ إمَّا باختلالِ أحدِ أركانِهِ؛ لفقْدِ شرْطٍ من شُروطِ الصِّحةِ فيه، وإمَّا لورودِ النَّهيِ عنه منْ قِبَل الشَّارعِ(١). فيجبُ فسخُ العَقْدِ، والتَّرادُّ في العِوضيْنِ(٢). فإذا فاتَ المَبيعُ بيَدِ

---

(١) وقد سبق في فصل البيوع المنهي عنها: أن النهي يقتضي الفساد في المنهي عنه، إلا ما دل الدليل على استثنائه.

(٢) لقوله تعالى: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩]، فأوجب ترك الربا الذي قد استوجبه بالعقد. قال ابن رشد في «المقدمات»: فإن فات البيع فليس له إلا رأس ماله، قبض الربا أو لم يقبضه، فإن كان قبضه رده إلى صاحبه، وكذلك من أربى ثم تاب، فليس له إلا رأس ماله، وما قبض من الربا وجب عليه أن يرده إلى من قبضه منه، فإن لم يعلمه تصدق به عليه.اهـ. وعن عُبادة بن الصامت، قال: سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبُرّ بالبُرّ، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، إلا سواء بسواء، عيناً بعين، فمن زاد أو ازداد فقد أربى. فرد الناس ما أخذوا. أخرجه مسلم. وعن سليمان بن أبي مسلم قال: سألت أبا المنهال عن الصرف يداً بيد؟ فقال: اشتريت أنا وشريك لي شيئاً يداً بيد ونسيئة، فجاءنا البراء بن عازب، فسألناه، فقال: فعلت أنا وشريكي زيد بن أرقم، وسألنا النبي ﷺ عن ذلك، فقال: **«مَا كَانَ يَداً بِيَدٍ فَخُذُوهُ، وَمَا كَانَ نَسِيئَةً فَذَرُوهُ»**. أخرجه البخاري، ووقع في كتاب «الجمع بين الصحيحين» للحميدي بلفظ: **«فَرُدُّوهُ»**. قال الحافظ في «الفتح»: قوله: **«مَا كَانَ يَداً بِيَدٍ فَخُذُوهُ، وَمَا كَانَ نَسِيئَةً فَرُدُّوهُ»**. في رواية كريمة: =

المشترِي[1]، ضمِنَه بالمثْلِ في المثْلِياتِ، وبالقيمةِ في المقوَّمَاتِ،

= «**فَذَرُوهُ**» بتقديم الذال المعجمة، وتخفيف الراء؛ أي: اتركوه. وفي رواية النسفي: «**رُدُّوهُ**» بدون الفاء، وحذفُها في مثل هذا وإثباتها جائز.اهـ. وعن أبي نضرة عن أبي سعيد، قال: أُتي رسول الله ﷺ بتمر، فقال: «**مَا هَذَا التَّمْرُ مِنْ تَمْرِنَا!**» فقال الرجل: يا رسول الله، بعنا تمرنا صاعين بصاع من هذا. فقال رسول الله ﷺ: «**هَذَا الرِّبَا، فَرُدُّوهُ ثُمَّ بِيعُوا تَمْرَنَا، وَاشْتَرُوا لَنَا مِنْ هَذَا**». أخرجه مسلم. قال القاضي عياض في «الإكمال»: فيه دليل على فسخ البياعات الفاسدة، وردها ورد المثل في المكيل والموزون.اهـ.

(١) وفوات المبيع بيد المشتري يكون بأحد أربعة أمور:

الأول: هلاك عين المبيع أو استهلاكها. كموت الحيوان واستهلاك المأكول؛ فإن ذلك يتعذر معه الرد.

الثاني: تغير المبيع في صورته أو معناه. أما تغير الصورة؛ فبالزيادة أو النقص كالسمن والهزال في الحيوان، وبالتعيب، وبصبغ الثياب وطحن الحب وخبز الطحين. وأما التغير في المعنى؛ فهو تغير قيمة المبيع غلاء أو رخصاً، فإذا زاد ثمنه أو نقص في أسواق مثله، فقد فات بذلك، إلا في العقارات والمثليات؛ لأن العقارات لا تقصد للتجارة غالباً بل للاقتناء، ولأن المثليات تضمن بأمثالها لا بقيمها. وقال ابن رشد: تغير السوق يفيت المبيع في كل شيء. وهو القياس.

الثالث: خروج المبيع من ملك المشتري، بالبيع وسائر عقود المعاوضة، والهبة وسائر عقود التبرع.

الرابع: تعلق حق الغير بالمبيع، كأن يرهنه المشتري في دين عليه، أو يُؤْجِره إجارةً لازمةً.

فمتى قبض المشتري المبيع، فاستهلكه أو هلك في يده، أو تغير في بدنه بنقص أو نماء، أو حالت سوقه برخص أو غلاء، أو أحدث فيه تغييراً أو صنعة لا تنفك، أو أخرجه من ملكه، أو عقد عليه عقداً أوجب للغير فيه حقّاً من الانتفاع أو الاحتباس، فقد صار المبيع بذلك إلى غير الحال التي قبضه =

يَوْمَ قبْضِهِ[١]، كسائرِ المتلفاتِ، وَيَسْتَرِدُّ الثَّمَنَ أو يُقاصِصُ به البَائِعَ في القِيمةِ. فإن صحَّحه بعضُ العلماءِ، وقد فاتَ في يدِ المشترِي، أُمْضِيَ بالثَّمَنِ المُسمَّى؛ مراعاةً لقولِ من صحَّحهُ[٢].

= عليها المشتري، فتعذر الرد، واستقر ضمانه في ذمته، بالقيمة في المقومات والمثل في المثليات، إلا في العقار فإن حوالة سوقه لا تفيته في المشهور، كما أسلفت.

(١) ولا ينظر إلى يوم العقد، ولا إلى يوم الفوات؛ لأن المبيع الفاسد يدخل في ضمان المشتري بالقبض، كما سيأتي قريباً. ونص مالك في كتاب الوصية من «الموطأ» على اعتبار القيمة يوم القبض، وناظَرَها بتقويم المسروق؛ فإنه إنما يقوم يوم السرقة، وليس يوم الحكم بالحد، فإن كان نصاباً حُدّ سارقُه، ولو صارت قيمته يوم الحكم دون النصاب، وإن لم يكن نصاباً فلا يُحد ولو صارت يوم الحكم نصاباً.

(٢) وهذا معنى قول مالك في «الموطأ» في كتاب القراض: ومن البيوع ما يجوز إذا تفاوت أمرُه وتفاحشَ ردُّه، فأما الربا، فإنه لا يكون فيه إلا الرد أبداً، ولا يجوز منه قليل ولا كثير. اهـ. وقال في «المدونة»: الحرام البين من الربا وغيره، يرد إلى أهله أبداً فات أو لم يفت، وما كان مما كرهه الناس، فإنه ينقض إن أُدرك بعينه، فإن فات ترك. اهـ. قال ابن يونس: معناه يرد بيعه، فإن كان قائماً رد عين المبيع، وإن فات رد قيمته ورجع بثمنه.

وهذا هو المشهور. قال الشيخ خليل: فَإِنْ فَاتَ مَضَى الْمُخْتَلَفُ فِيهِ بِالثَّمَنِ. وروى ابن نافع عن مالك: أنه لا فرق بين المختلف فيه والمتفق عليه. وهو مقتضى القياس؛ فإن البيع إذا كان مستحقّاً للفسخ قبل الفوات، فذلك دليل على بطلان الثمن الذي تبايعا به، وإذا بطل أن تكون السلعة مضمونة بثمنها قبل الفوات، لم يجز أن تضمن به بعده. ووجه المشهور: أن فائدة الفسخ تحصل برد كل واحد منهما عين ما أخذ، حتى يكونا كما لو لم يتبايعا، فإذا فاتت السلعة بيد المشتري تعذر الرد في العين، وتعين المصير إلى =

والمَبِيعُ بَيْعاً فاسداً مضمونٌ على البائِعِ، إلَّا أن يَقبضَهُ المشترِي، فهو على ضمانِهِ بالمثْلِ أو القِيمةِ، حتَّى يَرُدَّه(١). وأمَّا في الصَّحيحِ، فضَمَانُهُ من المشترِي بما عليْهِ من الثَّمَنِ، من وقْتِ العَقْدِ. وله خراجُه بما عَلَيْهِ مِنَ الضَّمانِ في الحالتَيْنِ(٢).

* * *

= البدل، وهو هاهنا القيمة أو المثل، إلا أننا لما وجدنا في اختلاف أهل العلم سعة، وفي قول من يجيز البيع من الأصل مندوحة للإمضاء بالثمن، قلنا: إنه أولى من القيمة؛ لأنهما تراضيا عليه، والقيمة إنما تجب بالحكم. والله أعلم.

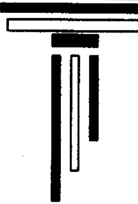
(١) وإنما لزمه ضمان المبيع بسبب قبضه قبضاً مستمراً، وإن لم ينتقل إليه مِلْكه؛ لأنه لم يقبضه قبضاً مأذوناً فيه من جهة الشرع، لكونه مستحَقّاً عليه ردُّه لفساد العقد، فأشبه المغصوب والمسروق. ولأن البائع لم يأذن له في قبضه على وجه الوديعة فيكون أمانة، ولا على وجه العارية أو الرهن، فيكون مضموناً ضمان العواري والرهون، وإنما أذن له في قبضه على وجه التملك، فأشبه المبيع بيعاً صحيحاً.

(٢) وهاهنا مسألتان:

الأولى: أن المبيع بيعاً صحيحاً ينتقل ضمانه إلى المشتري من ساعة العقد، على تفصيل سيأتي في باب قبض المبيع.

الثانية: أن المشتري يستحق خراج المبيع بضمانه من يوم العقد في البيع الصحيح، ومن يوم القبض في الفاسد، فله نماؤه كالصوف والسِّمَن، وغلته كالثمرة واللبن، وله ركوب السيارة وسكنى الدار، وأجرة كرائهما. ودليله قضاء النبي ﷺ أن: «**الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**». أخرجه أصحاب السنن عن عائشة. وصححه الترمذي وابن حبان والحاكم وابن الجارود وابن القطان. وقال الباجي في «المنتقى»: هذا الحديث قد أخذ به جماعة الفقهاء، وعملوا بمضمونه، فاستغني عن معرفة عدالة ناقليه. اهـ.





باب الخيار

والبَيْعُ لازِمٌ باللَّفظِ، دونَ افتقارٍ إلى قبْضٍ، ولا إلى افْتراقٍ عن المجْلسِ (١).

---

(١) يعني أن خيار المجلس لا يثبت للبيِّعينِ بالشرع عند علمائنا، ولا يثبت بالشرط أيضاً لجهالة مدته. والحديث الذي احتج به من يقول بخيار المجلس، أخرجه في «الموطأ» في بيع الخيار من كتاب البيوع، عن نافع عن ابن عمر؛ أن رسول الله ﷺ قال: «**الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ، مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ**». ثم علق عليه بقوله: وليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به فيه. ثم أخرج بإثره حديث ابن مسعود: «**أَيُّمَا بَيِّعَيْنِ تَبَايَعَا، فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ أَوْ يَتَرَادَّانِ**».

فكأنه اعتذر عن العمل به لأمرين:

أحدهما: ترك العمل به في المدينة. وذلك يقتضي أن يكون منسوخاً، وكذلك روى سحنون في «المدونة» عن أشهب وابن القاسم، أنهما ذهبا إلى القول بنسخ الحديث.

والثاني: حمل المتبايعين على معنى المتساومين، والتفرق على التفرق بالأقوال دون الأبدان. وهو تأويل الباجي وابن رشد. بدليل حديث ابن مسعود، فإنه يفيد أن المتبايعين إذا اختلفا في الثمن مثلاً، فإما أن يأخذ المشتري السلعة بما قال البائع، أو يتفاسخان. فدل على أن العقد يلزمهما بمجرد الكلام، ولا يمتد إلى التفرق بالأبدان، إذ الاختلاف يحصل غالباً قبل التفرق.

وتسمية المتساومين بيعين من سعة الدلالة اللغوية التي لا يجوز إغفالها، لقربهما من التبايع وإن لم يكونا تبايعا، بدليل أنه ثبت عن النبي ﷺ، أنه قال: =

....

= «لَا يَبِيعُ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ». وأراد بذلك السوم كما جاء صريحاً في بعض روايته: «لَا يَسُومُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ». وسمي إسماعيل عليه السلام ذبيحاً وإن لم يذبح، لقربه منه. والتفرق بالكلام تسمية غير مستنكرة في لسان العرب وفي كلام الله ورسوله. قال تعالى: ﴿وَٱعْتَصِمُوا۟ بِحَبْلِ ٱللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا۟﴾ [آل عمران: ١٠٣]، وقال: ﴿وَلَا تَكُونُوا۟ كَٱلَّذِينَ تَفَرَّقُوا۟ وَٱخْتَلَفُوا۟﴾ [آل عمران: ١٠٥]، وقال في الطلاق بين الزوجين: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [النساء: ١٣٠]. وقال ﷺ: «افْتَرَقَتِ الْيَهُودُ عَلَى إِحْدَى أَوْ ثِنْتَيْنِ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً». الحديث أخرجه أبو داود عن أبي هريرة. فثبت من ذلك أنه لا يمتنع أن يكون الحديث خرج مخرج البيان للوقت الذي يجب فيه البيع، وأن ذلك بالقبول المترتب على الإيجاب، وأن كل كلام كان قبل ذلك لا يلزم به شيء وإن تراكنا. ويؤيد صحة هذا التأويل قوله ﷺ فيما رواه أصحاب السنن عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَ صَاحِبَهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ». والاستقالة طلب الإقالة، وذلك لا يكون إلا في بيع قد تم وانبرم. فدل على أنه لو كان له أن يفسخ البيع قبل التفرق من غير رضا صاحبه، لم يحتج إلى أن يستقيله.

ولأن الجميع مجمعون على أن رجلاً لو اشترى رغيفاً أو قَدَحاً من ماء، فأكل الرغيف أو شرب الماء قبل التفرق، لكان ذلك جائزاً له، وكان قد أكل ماله. ولو كان خيار المجلس ثابتاً لهما، لم يجز؛ لأن انتقال الملك كان يكون موقوفاً على انقطاع الخيار وذلك بالتفرق بالأبدان. واشترى النبي ﷺ من عمر بن الخطاب بَكراً، ووهبه لابنه عبد الله من ساعته، وهو دليل على أن ملكه انتقل إليه بالكلام. وترجم عليه البخاري في «صحيحه»: باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل التفرق ولم ينكر البائع على المشتري.

وقول مالك رحمه الله: وليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به فيه. يحتمل أن يكون معناه: أن افتراقهما ليس له أمد معلوم، فقد يتبايعان وهما في بيت واحد أو في حبس أو سفينة صغيرة، ولا يفترقان إلا بعد مضي =

إلَّا إذا دخلَ عليه خيارٌ يوجبُه الشَّرطُ أو الحُكمُ(١).

= زمن طويل. وهذه جهالة في وقت وجوب البيع، فلم تجز كبيع الملامسة والمنابذة، والبيع على خيار إلى أجل مجهول.

ولا يمتنع عندي أن يكون مالك لم يرد بقوله الآنف، عمل أهل العلم وفتواهم، بل أراد التبايع في الأسواق، فلم يره جارياً على العمل بالحديث، فاستدل بذلك على أنه منسوخ أو مؤول، إذ لا يُظن بأهل المدينة أن تخفى عليهم سنة في عقد يتعاملون به كل يوم، ولا يستغني عنه منهم أحد. كما لا يُظن بهم أن تخفى عليهم سنن الأذان والإقامة والصلاة؛ لتكررها كل يوم بل في اليوم الواحد. وبهذا يندفع ما أورده عليه المخالف من الاعتراض بما ثبت عن ابن عمر أنه كان يعمل بالحديث، وأن سعيد بن المسيب والزهري كانا يقولان به، وهم من أجل فقهاء المدينة. والله أعلم.

وذهب ابن حبيب إلى العمل بظاهر الحديث، فقال بثبوت خيار المجلس للمتبايعين، كقول الشافعي وعامة الفقهاء. والعمل بالحديث أحوط؛ للقطع بثبوته عن النبي ﷺ، ووضوحه في دلالته على معناه، مع عدم ثبوت الناسخ. والله أعلم.

(١) يعني أن الخيار في البيع على نوعين: خيار شرطي، وهو المذكور في الفصل التالي، وخيار حكمي يحكم به الشرع لأحد العاقدين لسبب يقتضيه، فيصير حقّاً له، وهو على ثلاثة أقسام:

الأول: خيار النقيصة الذي يوجبه وجود عيب في المبيع، أو فوات وصف مرغوب فيه، أو تبين كون السلعة مستحقة لغير البائع، لكونه غاصباً أو سارقاً لها من صاحبها، فيكون صاحبها مخيراً بين الفسخ والإمضاء بالثمن.

الثاني: خيار الولاية الذي يثبت للولي على السفيه والصغير، إذا باعا أو اشتريا من غير إذنه، وللمالك فيما يبيعه الفضولي من أملاكه.

الثالث: خيار الغبن، وهو الذي سبق في فصل أحكام الثمن.

فَصْلٌ
في خيار الشرط

يجوزُ للبيِّعيْنِ اشتراطُ الخيارِ في البَيْعِ من غيرِ توقفٍ على سببٍ، لاختبارِ المَبِيعِ أو التروِّي بالثَّمَنِ، ويلزَمُ من اشتُرِط عليه[1].
ويجوزُ جعْلُ الخيارِ شرْطاً تعليقيّاً؛ يعلِّقُه أحدُ العاقديْنِ على رِضَا طرَفٍ ثالثٍ، كزوجتِهِ، أو قريبِهِ، أو صديقِهِ[2].

---

(١) فإذا كان الشرط للمشتري، فهو لازم للبائع، وإن كان للبائع فهو لازم للمشتري، وإذا كان لهما معاً، فالعقد منحل من الجانبين، فإذا اختار أحدهما الفسخ فُسخ، وإذا اختار الإمضاء كان لازماً له، حتى يختار صاحبه.

وخيار الشرط باطل في القياس؛ لأنه يُدخل غرراً في البيع، وإنما ثبت جوازه من جهة الإجماع، فكان مشروعاً على سبيل الاستثناء والرخصة. ومن العلماء من أثبت مشروعيته من السنة أيضاً بحديث المصراة، أو بحديث الذي كان يخدع في البيع، فذُكر إلى رسول الله ﷺ، فأمره أن يقول: لا خلابة. والحديثان في «الصحيحين». ولا دليل فيهما في نظري، على ما بينته في كتاب «أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي». والله أعلم.

(٢) وذلك بأن يقول لصاحبه: أشتري ـ أو أبيع ـ منك هذه السلعة، إذا رضي صديقي فلان أو أخي فلان أو زوجتي فلانة. فإذا رضي الذي عُلق البيع على رضاه، فقد لزم المشترط. وهذا بخلاف ما إذا قال: أستشير فلاناً، فشاوره فرضي بالبيع، فإنه لا يلزم المستشير؛ لأن عقد البيع بهذا الوصف يعني أن العاقد أخذ لنفسه خيار التروي، وما تعليقه على استشارة فلان إلا تعبير عن هذا الخيار بأسلوب خاص.

ووجه جواز إعطاء الخيار للأجنبي: أن خيار الشرط حق من حقوق العاقد، فله التصرف فيه بنفسه، كما له أن يوكل فيه غيره، كسائر الحقوق.

وليس للخيارِ مدَّةٌ مسمَّاةٌ في الشَّرعِ[١]، بل يختلفُ ذلك باختلافِ المَبيعِ. ففي العَقَارِ من الدُّورِ والأَرَضينَ شهرانِ، وفي الدَّوابِّ والأنعامِ، وسائرِ وسائلِ الحمْلِ والرُّكوبِ، خمسةُ أيامٍ، وفي سائرِ العُروضِ كالثِّيابِ والأثاثِ ثلاثةُ أيامٍ، كالتروِّي بالثَّمَنِ[٢].

وإذا اتفقَا على مدَّةٍ، فلا يجوزُ أن تكونَ مجهولةً، أو متجاوِزةً للْمُدَّةِ التي يوجبُها الإطْلاقُ، على نحوِ ما تقدَّمَ[٣].

---

(١) حيث لم يثبت في السنة دليل خاص يعين مدة الخيار بثلاثة أيام أو غيرها. وذلك أن الأحاديث التي ادعي فيها أنها تدل على مشروعية أصل الخيار، غير صريحة في الدلالة عليه، فأولى أن لا يكون فيها دليل على ثبوت وصف فيه، ككونه مؤقتاً بثلاثة أيام ونحوها.

وإذا انتفى التوقيت من جهة الشرع، وجب اعتبار المدة بغيره، وما دام الخيار مقصوداً لأحد أمرين؛ إما اختبار المبيع وإما التروي بثمنه، فإن المدة تختلف باختلاف المبيع إذا كان الخيار للمشتري، فإن لكل شيء مدة مناسبة لاختباره ومعرفة حاله، وبثلاثة أيام إذا كان للبائع للتروي بالثمن؛ على ما يأتي بيانه.

(٢) إنما جعل ثلاثة أيام للتروي بالثمن؛ لأنها مدة اعتبرها الشارع في التروي في عدة أشياء، كاستتابة المرتد، وبيع المصرَّاة من الأنعام، واستئذان حيات البيوت، ويشهد لذلك أيضاً قوله تعالى في قوم صالح لما عقروا الناقة: ﴿فَقَالَ تَمَتَّعُواْ فِي دَارِكُمْ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هود: ٦٥].

(٣) فأما المدة المجهولة؛ فلأن الجهالة سبب من أسباب الفساد في المعاوضات. وأما كونها ضمن المدة التي يوجبها المبيع؛ فلأن الخيار مشروع على سبيل الرخصة والاستثناء من بيع الغرر، وقد بينا وجه تحديد المدة فيه، فوجب الاقتصار على ما في ضمنها؛ لأن الزيادة عليها تزيد في الغرر ولا دليل عليها.

وإذا اختارَ مَنْ لهُ الخيارُ إمضاءَ البَيْعِ في مدَّةِ الخيارِ، لزِمَ العَقْدُ باختيارِه، كانفساخِهِ باختيارِ الفسخِ. وإذا مضَتْ دونَ اختيارٍ، لزِمَ المَبِيعُ مَنْ هو بيَدِه[1].

والمَبِيعُ باقٍ على مِلْكِ البائعِ في مدَّةِ الخيارِ، فله غُنْمُه وعليه غُرمُه، ولو بعْدَ أن يقْبضَه المشترِي[2]. وليس له قبضُ الثَّمَنِ على سبيلِ الاشتراطِ والإلزامِ، في مُدَّةِ الخِيارِ[3].

---

(١) وجملة القول في هذه الفقرة: أن الخيار يسقط بصريح القول من المشترط، فإذا قال: قبلته وما في معناه، صار البيع لازماً له، وإذا قال: فسخته وما في معناه، انفسخ البيع، ولو لم تمض مدة الخيار. فإن كان الخيار لهما لزم العقدُ الطرف الذي أسقط خياره بالإمضاء، وبقي الحق للآخر، حتى يقضي فيه بشيء أو تمضي المدة. فإذا مضت المدة من غير أن يقضي بشيء، لزم المبيعُ مَنْ يكون بيده، فإذا كان بيد البائع، فهو فسخ، وإن كان الخيار للمشتري، وإذا كان بيد المشتري، فهو إمضاء وإن كان الخيار للبائع.

وكما يسقط الخيار بالقول وبانقضاء المدة، كذلك يسقط بتصرف يدل على أن المخير قد أمضى البيع أو رَدَّه، فإذا كان الخيار للبائع، فرَهَن المبيعَ في دينٍ عليه، أو عرضه للبيع، أو تصدق به أو وهبه، فهو رد منه. ولو كان الخيار للمشتري، وفعل مثل ذلك بالمبيع، فهو رضا منه، فليس له أن يفسخ البيع بعد ذلك.

وأما إجارة المبيع، فإنها إن كانت من البائع، فلا تعد قطعاً للخيار؛ لأنه يملك المنفعة في مدة الخيار تبعاً لملك الرقبة، فله استيفاؤها والاعتياض عنها، وأما إذا كانت من المشتري فإنها تعد قطعاً للخيار وموجبة للبيع.

(٢) لأن نقل الملك يوجبه العقد، وهو بحال الخيار غير منعقد، بل معلق على رضا مَنْ جُعل له الخيار، وإنما يضاف العقد إلى وقت الاختيار، لا إلى التعليق الذي قبله. وإذا لم ينتقل الملك فلا ينتقل الضمان.

(٣) لأن الأصل في بيع الخيار أن لا يعجل فيه الثمن؛ لأنه يُستحق بالعقد التام اللازم، وهو غير موجود مع اشتراط الخيار، فإذا عجل المشتري =

فَصْلٌ
في خيار النقيصة(١)

لا تجوزُ تصْريَةُ الأنعامِ الحلُوبَة، لبَيْعِها(٢). ومَن اشتَرَى

= الثمن للبائع، فإما أن يكون باشتراط من البائع، وإما أن يكون بتطوع من المشتري. فإن كان باشتراط من البائع فلا يجوز، ويفسد العقد؛ لأن البيع يكون مشتملاً على سلف مشروط؛ يبين ذلك أن الثمن المقبوض يكون في مدة الخيار في حكم السلف، فإن تم البيع تحول من سلف إلى ثمن، وإن لم يتم فهو سلف إلى أن يرده، وقد ورد النهي عن بيع وسلف مشروط. وإن كان التعجيل بتطوع من المشتري، فلا يضر؛ لأن التطوع ليس كالشرط.

(١) ومعنى خيار النقيصة: الخيار الذي يوجبه الاطلاع على نقص في المبيع، وهو نوعان:

الأول: اشتمال المبيع على عيب من المفترض أن يكون خالياً منه.

والثاني: فوات وصف مرغوب تتعلق به الأغراض في العادة، أو اشترطه العاقد اشتراطاً خاصّاً، ككون الأَمَة بكراً أو خياطة، وكون العبد كاتباً أو نجاراً، كما في المعاملات القديمة. ويدخل في هذا النوع التغرير الفعلي؛ بأن يفعل البائع في المبيع فعلاً يظن به المشتري كمالاً، فلا يوجد كذلك، كتصرية الأنعام.

ومن حق المسلم على أخيه أن يكون صادقاً معه في البيع، ناصحاً له فيه، فلا يجوز أن يكتم عنه من سلعته عيباً يعلمه بها؛ لقوله ﷺ: «**الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعاً فِيهِ عَيْبٌ، إِلَّا بَيَّنَهُ لَهُ**». أخرجه ابن ماجه عن عقبة بن عامر، وصححه الحاكم، ووقفه البخاري على عقبة، علقه في باب: إذا بين البيِّعان ولم يكتما، من كتاب البيوع. ومن تعدى فكتم عيباً، كان غاشّاً لأخيه متوعداً بمحق بركة بيعه؛ لقوله ﷺ: «**الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَا، بُورِكَ لَهُمَا في بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا**». أخرجه الشيخان عن حكيم بن حزام.

(٢) لحديث أبي هريرة المتقدم في النهي عن تلقي الركبان، وفيه: =

....

= «وَلَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ، فَمَنِ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلُبَهَا؛ إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ». فدل الحديث على أمرين:

الأول: حرمة التصريَة بقصد البيع. **والتصريَة**: على وزن تفعلة كالتغذية، حبس اللبن في ضروع الماشية حتى يكثر، لتباع كذلك فيظن المشتري أن ذلك شأنها وعادتها. والماشيةُ المفعولُ بها ذلك تسمى مُصرَّاة، ويقال لها أيضاً: مُحفَّلة. قال أبو عبيد في «غريب الحديث»: يعني الناقة، أو البقرة، أو الشاة، التي قد صُرِي بها اللبنُ في ضرعها؛ يعني حُقن فيه وجُمع أياماً، فلم تحلب أياماً. وأصلُ التصريَة حبسُ الماءِ وجمعُه، يقال منه: صرَيت الماء وصرَّيته. اهـ.

الثاني: تخيير المشتري بين الأنفع له من أمرين؛ **أحدهما**: إمساكُها بجميع الثمن، وعدم الرجوع على البائع بشيء، إذ لو كان شيء من ذلك قد وجب له لذكره النبي ﷺ. **والثاني**: ردُّها مع صاع من تمر في مقابل اللبن المحلوب؛ لأنه جزء من المبيع فوجب ضمانه عند الرد مع أصله. قال النووي في «شرح مسلم»: وإنما لم يجب مثله ولا قيمته بل وجب صاع في القليل والكثير؛ ليكون ذلك حدّاً يُرجع إليه، ويزول به التخاصم، وكان ﷺ حريصاً على رفع الخصام والمنع من كل ما هو سبب له، وقد يقع بيع المصراة في البوادي والقرى وفي مواضع لا يوجد من يعرف القيمة ويعتمد قوله فيها، وقد يتلف اللبن ويتنازعون في قلته وكثرته وفي عينه، فجعل الشرع لهم ضابطاً لا نزاع معه وهو صاع تمر. اهـ.

ويستنبط من حديث المصراة معنيان مفيدان:

أحدهما: أنه أصل في تحريم الغش وفي الرد بالعيب. وفي أن الغرور بالأفعال معتبر شرعاً؛ يوجب الخيار في العقود، والضمان في الإتلاف. ولا خلاف فيه في المذهب، واختلف في الغرور بالأقوال، والصحيح أنه غير معتبر. =

مُصرَّاةً، فهو بالخيارِ، بعْد أن يحتلبَها، بيْنَ إمساكِها، أو ردِّها مع صاعٍ من تمْرٍ[1].

وإذا ظهَرَ المشترِي على عيْبٍ في السِّلعةِ، فهو بالخيارِ بين

= **والثاني**: أن تخيير المشتري بين الفسخ والإمضاء، دليل على صحة البيع، وأن النهي متى كان لدفع ضرر يتعلق بأحد العاقدين، لم يقتضِ الفساد. قال المازري في «المعلم»: وقد كان شيخنا أبو محمد عبد الحميد رَحِمَهُ اللَّهُ يجعلها أصلاً في أن النهي إذا كان لحق الغير، لا يوجب فساد البيع؛ لأن الأمة أجمعت على تحريم الغش في البيع، ووقع النهي عنه هاهنا، ثم خيره ﷺ بعد ذلك في أن يتمسك بالبيع، والفاسد لا يصح التمسك به.

(١) للحديث السابق. وليس صاع التمر متعيناً، بل يرد بدلاً عن اللبن صاعاً من غالب قوت بلده، تمراً كان أو برّاً أو شعيراً، كزكاة الفطر؛ لأنه قد يكون ببلد لا تمر فيها. وتخصيص الحديث للتمر بالذكر؛ لأنه كان غالب قوت أهل المدينة. قال المازري في «المعلم»: وكأنه ﷺ رأى أن اللبن كانوا يريدونه للقوت، وهذا يحل محله، وهو أصل كسبهم للقوت فقضى به. وإذا كان عيش البلاد غيره من الطعام، قُضي بالغالب من عيشهم. وقد ذكر مسلم هاهنا: «**صَاعاً مِنْ طَعَام لَا سَمْرَاءَ**». وهذا يدل على ما قلناه من مراعاة حال قوت البلد. اهـ. مختصراً. **السمراء**: الحنطة الشامية. يعني: لا يتعين في الطعام الذي يرد أن يكون سمراء، بل يكفي أن يكون من غالب قوت البلد. فتكون رواية: «**صَاعاً مِنْ تَمْرٍ**» خارجة مخرج التسمية لما هو الغالب من قوت أهل المدينة، وهذه الرواية خارجة مخرج رفع الحرج في تكلف السمراء، لقلتها عندهم يومئذ. والله أعلم.

وإذا احتلبها للمرة الثالثة، وقد حصل له اختبارها بالثانية بأن تبين له النقص، فليس له الرد؛ لأن احتلابها بعد تبين النقص دليل على الرضا، فله الرد بعد الثالثة.

فسْخِ العَقْدِ، وإمضائِهِ بكاملِ الثَّمَنِ(١). وليسَ لِأَحَدِهما أن يَخْتَارَ

---

(١) وقد أسلفتُ الإشارةَ إلى أن الأصل في ثبوت الرد بالعيب حديث المصرَّاة السابق. ووجه الدليل منه: أنه حين رأى الماشية وهي مصراة، اشتراها على أنها تحلب في اليوم أربعة أصوع أو خمسة مثلاً، ثم تبين أنها تحلب صاعاً أو صاعين، وهذه نقيصة في الغلة، أوجب الشرع له الخيار لأجلها. والنقيصة في الذات كالنقيصة في الغلة. فكانت كل عين توجد على خلاف ما كان المشتري يعلمُها حين الشراء، أو على خلاف ما اشترط فيها، بسبيل المصراة في الحكم؛ إما أن يتمسك بها بالثمن الذي أخذها به، وإما أن يردها إن لم تتغير عنده. وليس له أن يرجع على البائع بقيمة العيب إلا أن يشاء؛ لأن الشرع لم يرد بذلك مع قيام مقتضاه، وذلك دليل على بطلان إثباته بطريق القياس. والله أعلم.

وحديث المصراة أصل أيضاً في أن كل ما اشتُري من الأصول، وغَلَّتُه ظاهرة فيه، كالصوف على ظهور الغنم، والثمر في رؤوس النخل، إذا رُدّ الأصلُ رُدّت غلته معه، كأحد أجزاء الأصل، ولا يكونُ حكمها كحكم الغلة الحادثة عند المشتري؛ تملك بالضمان. فإن تعذر رد الغلة بعينها، رُدَّ مثلُها إن كان لها مثل وعُرف قدره، وإلا ردت قيمتها؛ لأن للغلة حصة من الثمن. ولما كان اللبن الذي في ضرع المصراة مختلفاً باختلاف الشياه والنوق، مع اختلاطه مع الحادث عند المشتري اختلاطاً يتعذر تمييزه، وكان ذلك مَثاراً للخصام بين المتبايعين، أوجب النبي ﷺ فيه حكماً واحداً ثابتاً، يمتنع به الخصام أو يزول عند وقوعه، وهو صاع من تمر، وقد كان ﷺ حريصاً على رفع التشجار عن أمته. ولهذا نظائر في الشريعة، كالقضاء في الجنين بغرةٍ عبدٍ أو وليدةٍ، من غير فصل بين الذكر والأنثى، والقضاء في ديات الشجاج؛ الموضحة والمأمومة والجائفة، بمقادير معلومة لا تختلف باختلاف طول الجرح وعمقه. والله أعلم.

• **فرع في اشتراط البراءة من العيوب:**

يجوز للبائع اشتراط البراءة من العيوب في مشهور المذهب، فيسقط عنه =

....

= حكم الرد بكل عيب يطلع عليه المشتري، إلا العيوب التي كان البائع يعلمها، فلا يبرأ منها. نصَّ مالك على ذلك في «الموطأ» في العهدة والعيب في الرقيق من كتاب البيوع. وبه قضى عثمان، فقد أخرج مالك عن عبد الله بن عمر: أنه باع غلاماً له بثمانمئة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمِّه لي، فاختصما إلى عثمان بن عفان، فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمِّه. وقال عبد الله: بعته بالبراءة. فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له؛ لقد باعه العبدَ وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف، وارتجع العبد، فصح عنده فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمئة درهم.

وهذا قضاء اشتهر ولم يعرف له مخالف، فدل على أمرين؛ **أحدهما:** صحة البيع مع اشتراط البراءة. **والثاني**: أن البائع إذا علم بالعيب لم ينفعه شرط البراءة؛ لأن النبي ﷺ نهى أن يكتم البائع عن المشتري عيباً يعلمه من سلعته، وتوعدَه بمحق بركة بيعه إذا فعل، وإجازةُ شرطه بالبراءة منه يقتضي إجازة كتمانه، وهذا تناقض لا يجوز في الشرع، فوجب أن لا يجوز اشتراط البراءة من عيب يعلمه. ولأن القياس يوجب بطلان البراءة من العيوب جملة؛ لأنها تؤدي عند التحقيق إلى إجازة بيع الغرر، مع ثبوت النهي عنه بالسنة والإجماع. فوجب قصر إجازتها على ما لا يعلمه البائع دون ما يعلمه؛ لقضاء عثمان بن عفان رضي الله عنه، ولم يعلم مخالف له من الصحابة، ولأن الضرورة قد تدعو إليه، فعفي عنه كما عفي عن عقود تضمنت غرراً لموضع الضرورة.

إذا ثبت هذا، فلا خلاف في المذهب أن البراءة من العيوب، تنفع البائع في الرقيق إذا طالت إقامته عنده قبل البيع. واختلف فيما سوى ذلك من سائر الحيوان والعروض، على ثلاثة أقوال:

الأول: أن البراءة تختص بالرقيق دون سواهم. رواه ابن القاسم في «المدونة» وإليه رجع مالك، وعليه جمهور أصحابه.

الثاني: أنها تختص بالرقيق وسائر الحيوان. وهو نص مالك في «الموطأ». =

ضَمَانَ قِيمةِ النَّقْصِ، إلا أن يَشَاءَ الآخَرُ. فإن فاتَ المَبِيعُ بيدِ المشترِي، تعذَّرَ الفسْخُ، فلم يكنْ له إلَّا الرُّجوعُ على البائعِ بقيمةِ النَّقْصِ.

ولا يثبُتُ خيارُ العيْبِ إلَّا بشروطٍ ثلاثةٍ؛ **أحدُها**: أن يكونَ العيْبُ مُؤَثِّراً نقْصاً في عيْنِ المَبِيعِ، أو في ثمنِهِ[1]. **والثَّانِي**: أن

= **الثالث**: أنها ثابتة في العروض أيضاً. رواه ابن حبيب عن مالك وابن وهب، ورواه عبد الرحمٰن بن دينار عن ابن كنانة.

فإذا باع دابة أو ثوباً أو سيارة، واشترط أنه بريء من كل عيب يطلع عليه المشتري، ثم اطلع المشتري على عيب مما ترد به السلعة، فله الرد في الجميع في القول الأول، وعكسه في الثالث، وفي الثوب والسيارة دون الدابة في الثاني. وحيثُ لا ردَّ له بشرط البراءة، حلف البائع أنه لم يكن يعلم العيب الذي اطلع عليه المشتري، إن كان من العيوب الخفية، وإن كان من الجلية، حلف أنه لم يكن موجوداً به حين باعه، ويبرأ، فإن نكل لزمه الرد، كما لو أقرَّ به أو شهدت عليه به بينة.

(١) أما نقص عين المبيع، فكاختلال عضو في الحيوان أو في بعض قطع الجهاز الإلكتروني، وأما نقص الثمن فكالعور في الإماء.

فإذا كان العيب خفيفاً بحيث لا يؤثر على الثمن؛ بمعنى أن الناس لا يعتبرونه عند المساومة في العادة، أو كان المبيع لا ينفك عنه عادة، فلا رد به. وأما إذا كان يؤثر على الثمن بيسير أو بكثير فله الرد في المنقولات، كالثياب والحيوانات والمأكولات وغيرها. وأما الأشياء الثابتة كالدور والفنادق والحمامات والمصانع والمخازن والمحلات التجارية، فلا ترد بالعيب اليسير، بل على البائع أن يضمن قيمة العيب للمشتري، وذلك ككسر عتبة أو رف أو بلاطة أو نحو ذلك؛ لأن عيوب العقارات تزول بالإصلاح بخلاف غيرها، ولأنها لا تخلو عادة من عيب، ولأنها تقصد للاقتناء في الغالب لا للتجارة.

وفي تحديد نسبة القلة والكثرة خلاف بين علماء المذهب، فقيل: =

يكونَ قديماً، فإنْ حدَثَ بعدَ الشِّراءِ، فهو على ضمانِ المشترِي.
والثالثُ: أن لا يكونَ المشترِي قد اطَّلعَ عليه قبلَ العَقْدِ، أو عندَه، ورضيَ به(١). وليس من شرطِهِ أن يكونَ خفياً(٢).

وإذا حدَثَ عيبٌ عند المشترِي، قبْلَ الرَّدِّ، فهو مخيَّرٌ بين ردِّ المَبيعِ، وضمانِ قيمةِ العيْبِ الحادثِ للبائِعِ، وبينَ إمساكِهِ، وتضمينِ

= (٣٠٪)، وقيل: (٢٥٪)، وقيل: تحكم العادة. وذكر في «الشرح الكبير»: (١٠٪) من القيمة الإجمالية.

(١) فإن كان قد اطلع على العيب قبل العقد، أو عنده، ورضيه فلا رد له بعد ذلك. وكذا إذا اطلع عليه بعد العقد وظهر منه ما يدل على الرضا من قول أو فعل، أو سكوت طويل دون عذر، فلا رد له بعد ذلك؛ لأن رضاه إسقاط، والقاعدة أن «الساقط لا يعود». والدلالة القولية كأن يقول: رضيت بالعيب ونحو ذلك، أو يكون في كلامه ما يفيد هذا المعنى. والدلالة الفعلية كأن يبيع المبيع أو يهبه، بعد الاطلاع على العيب، أو يرهنه أو يُؤْجره، أو يستعمله في وجوه المنافع.

والسكوت الطويل ما تجاوز اليومين، فإن كان له عذر من مرض أو غياب، فله أن يدعي به بعد زوال العذر، ولو بعد اليومين بشرط المبادرة إلى رفع الدعوى بعد العلم بالعيب.

(٢) العيوب بالنظر إلى الخفاء والظهور على ثلاثة أضرب؛ **الأول**: عيب خفي لا يمكن الاطلاع عليه إلا بإتلاف عين المبيع، كالخشب المسوّس، والبطيخ الذي لم يبلغ أن يطيب باحمرار لبه. **والثاني**: عيب ظاهر بحيث لا يخفى على المشتري. **والثالث**: عيب وسط بين ذلك، وهو الذي يمكن أن يدلس به البائع. وهذا الذي يجوز فيه خيار الرد، وأما العيبان الأولان فلا رد بهما. أما الأول؛ فلأن البائع غير ضامن له، وأما الثاني فلأن ظهوره يقطع عذر المشتري في نفي الاطلاع عليه ورضاه به.

البائِعِ قيمةَ العيبِ القديمِ[١].

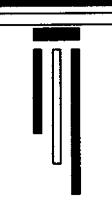
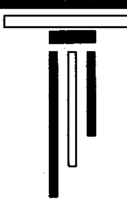
وما اغتلَّ المشترِي من المَبِيعِ، أو انتفعَ بهِ، قبْلَ الرَّدِّ، فلا يَلزمُه فيه شيءٌ.

وفواتُ الوصْفِ المرغوبِ في المَبِيعِ، قائمٌ مقامَ وجودِ العيْبِ فيهِ، فيما ذَكَرْنَا من الأَحْكامِ.

وإذا تبيَّنَ أنَّ المَبِيعَ مُستحَقٌّ على البائعِ؛ لكونِهِ مسرُوقاً أو مغصُوباً، فلمستحِقِّهِ الخيارُ بين الفسخِ واسترجاعِ المَبِيعِ، وبيْنَ الإمضاءِ، وأخْذِ الثَّمَنِ من المشترِي، ويرجِعُ المشترِي على البائِعِ بالثَّمَنِ في الحالتيْنِ.

* * *

(١) وإنما كان له الخيار بين اقتضاء قيمة العيب القديم من البائع، أو الرد مع ضمان قيمة العيب الحادث؛ لأن المبيع معيباً مضمون على المشتري بكامل الثمن، قبل الرد، فإذا تعيب عنده كان العيب من ضمانه. قال القاضي عبد الوهاب في «المعونة»: والأصل فيه ما روى ابن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف: أنه ابتاع غلاماً فاستعمله، ثم وجد به عيباً، فقضى له عمر بن عبد العزيز بردِّه وغلته. فأخبره عروة بن الزبير عن عائشة: أن النبي ﷺ قضى في مثل هذا أن: «**الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**»، فرد عمر قضاءه، وقضى لمخلد بردِّه الخراجَ إليه. ولا خلاف في ذلك أعلمه. اهـ. وحديث عائشة أخرجه أيضاً أبو داود والترمذي، وصححه هو وابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان والحاكم وابن القطان.

باب قبض المبيع وضمانه

وينْتقلُ مِلكُ المَبِيعِ وضمانُه إلى المُشتَري، من ساعةِ العَقْدِ، إذا كان البَيْعُ صحيحاً لازماً لا خيارَ فيه، وكان المَبِيعُ حاضِراً معيَّناً متميِّزاً بذاتِه(١).

---

(١) استدل علماؤنا على أن الضمان في المبيع ينتقل بالعقد، ولا يتأخر إلى القبض، بحديث عائشة السابق في قضاء النبي ﷺ أن: «**الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**». وهو حديث جرى عند الفقهاء مجرى القاعدة. ووجه الدليل منه: أنه لما ثبت أن المشتري يملك خراج المبيع قبل قبضه، وجب أن يكون ضمانه منه. ولأن البيع يقتضي نقل الملك، والملك ينتقل بالعقد لا بالقبض، فوجب أن ينتقل الضمان معه؛ لأنه فرع عنه. ولأن المشتري لو أتلف المبيع وهو بيد البائع، لكان عليه ضمانه بالثمن لا بالقيمة، وذلك دليل على أن التلف وقع عليه وهو في ملكه. فكذلك يجب أن يكون الحكمُ إذا تلف بأمر من الله تعالى.

ويدل له أيضاً قول ابن عمر رضي الله عنهما: مضت السنة أن ما أدركتْهُ الصفقةُ حيّاً مجموعاً، فهو من مال المبتاع. يعني: ما وقع عليه البيع وهو سالم لم يتغير عن صفته التي علمها المشتري من رؤية أو وصف، فضمانه من المشتري. علقه البخاري، ووصله الطحاوي في «شرح معاني الآثار» والدارقطني، من رواية الزهري عن حمزة بن عبد الله بن عمر عن أبيه، بلفظ: ما أدركت الصفقة... إلخ. فعلى اللفظ الأول يحتج به على أنه حديث مرفوع حكماً؛ لأن قول الصحابي: مضت السنة، يقتضي الرفع إلى النبي ﷺ. وعلى الثاني يحتج به على أنه قول صحابي لا يعلم له مخالف، فكان إجماعاً. =

....

= واحتج المخالف بأدلة؛ منها: فساد الصرف بالتفرق قبل القبض، وقال: فدل ذلك على أن الملك لا يستقر فيه إلا بالقبض، وكذلك الضمان. وغير الصرف مثل الصرف بجامع البيع في كلٍّ. قال: ولأنه لا خلاف أن من اشترى طعاماً مكايلة، فهلك الطعام قبل الكيل، أنه من مال البائع، فكذلك في المبيع المتميز إذا هلك قبل القبض. قال: ولأن النبي ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن. فكأنه نهى عن بيع ما لم يقبض لأنه لم يضمن. وهذا نص في موضع الخلاف.

ولنا في الجواب عن القياس على الصرف، أن لا نسلمه؛ فإن البيع يتم فيه بالعقد، ثم يبطل بالتفرق قبل القبض؛ وهذا المعنى يختص به لا يتعداه إلى غيره، إلا في بيع الطعام بمثله. وأما القياس على الطعام إذا اشتُري مكايلة، فغير مسلم أيضاً؛ فإن البيع قد تم بالقول، ثم وجب على البائع حق التوفية لضرورة تمييز المبيع حتى يستقر عليه الملك؛ وهو الكيل في المكيل والوزن في الموزون والذرع في المذروع، والعد في المعدود. فما لم يتميز لا يمكن أن يستقر عليه الملك، فكان ضمانه من البائع، كالمستقر في الذمة، وبهذا المعنى افترق عن المتميز. وأما الخبر المذكور فغير ثابت بهذا اللفظ، وإنما الثابت نهيه عليه الصلاة والسلام عن ربح ما لم يضمن. والله أعلم.

إذا ثبت هذا، فإن المبيع بيعاً صحيحاً لا يخلو من أن يكون إما حاضراً، وإما غائباً. فإن كان حاضراً، فإما أن يكون معيناً بالذات، بحيث يمكن الإشارة إلى عينه، كهذه السيارة وهذه الدار وهذا الثوب، وإما أن يكون معيناً بجنسه، غير متميز بذاته، بل فيه حق توفية من كيل أو وزن أو ذرع. وفي كل ذلك إما أن يتم البيع على خيار وإما على بتٍّ. فهذه ست أحوال.

فإن كان البيع لازماً والمبيع حاضراً معيناً بذاته، فضمانه من المشتري كما ذكر. وإن كان غير معين بذاته، بل يحتاج إلى توفية من البائع، فضمانه منه حتى يميزه بالكيل أو الوزن أو الذرع أو العد، ويُمكِّن المشتريَ من قبضه؛ لأن غير المعين بذاته كالدين في ذمة البائع، فلا يستقر عليه ملك المشتري إلا =

ويختلِفُ القبْضُ باختْلافِ المَبِيعِ، فقبْضُ المثْلياتِ بكيْلِها أو وزْنِها أو ذَرْعِها أو عدِّها، وإفراغِها في أوعيةِ المشترِي إن كان المَبِيعُ يَحْتَاجُ في حِفظِهِ إلى أوعيةٍ، كالعسَلِ والسَّمنِ والزَّيتِ والسُّكَّرِ(١). وقبْضُ العقارِ من الدُّورِ والبساتينِ والأراضِي

= بالتعيين بإجراء التوفية، وإذن لا ينتقل ضمانه إلا بتمامها. فإذا اشترى منه خمسين كيلو غرام من صبرة طعام، فهلكت قبل التمكن من التوفية، انفسخ العقد واسترد المشتري ثمنه.

وإذا كان المبيع غائباً فضمانه من البائع كذلك حتى يتم قبضه، كما سبق بيانه في بيع الأعيان الغائبة. وهو الذي رجع إليه مالك بعد أن كان يرى الضمان على المشتري طرداً للأصل. فإن اشترط البائع ضمانه على المشتري، فله شرطه. واستدل له سحنون في «المدونة» من رواية ابن وهب، أن عثمان بن عفان وعبد الرحمٰن بن عوف ﵄، تبايعا فرساً غائبة، اشتراها عبد الرحمٰن من عثمان باثني عشر ألفاً، على أن يكون ضمانها على عبد الرحمٰن، ثم عرض عليه أن يزيده أربعة آلاف في مقابل إسقاط الضمان حتى يقبضها، فرضي وماتت الفرس قبل القبض.

وإذا كان البيع على الخيار، فقد سبق أن الملك لا ينتقل إلا بعد الإمضاء؛ لأن البيع ينعقد بذلك، فلا ضمان على المشتري في مدة الخيار ولو قبض المبيع.

(١) وتمييز المثلي عن جنسه مُستحَقٌّ على البائع، فعليه أجرة الكيال والوزان، إلا أن يشترطها على المشتري؛ لقول النبي ﷺ: «**إِذَا بِعْتَ فَكِلْ، وَإِذَا ابْتَعْتَ فَاكْتَلْ**». علقه البخاري عن عثمان ﵁، ووصله الدارقطني. ولأن المشتري لا يمكن أن ينتفع بملكه إلا بعد تمييزه عن ملك البائع، فكان التمييز بمنزلة التخلية في العقار.

وذكر ابن بطال في شرح الحديث السابق، عن المهلب: أنه قال: كتابُ الله يشهد لقوله ﷺ: «**إِذَا بِعْتَ فَكِلْ، وَإِذَا ابْتَعْتَ فَاكْتَلْ**»، وهو قوله =

بالتَّخليةِ(١)، وأمَّا غيرُ العقارِ من سائِرِ المنقولاتِ فيُرجعُ فيه إلى العُرفِ، فما يُعدُّ قبضاً في عُرفِ النَّاسِ فهو القبْضُ في الحُكمِ، وما لَا فَلَا. وليس من شرْطِ القبْضِ المناولةُ باليدِ، ولا نقلُ المَبيعِ من مكانِهِ(٢).

= تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ۝١ ٱلَّذِينَ إِذَا ٱكْتَالُوا۟ عَلَى ٱلنَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ۝٢ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَو وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ﴾ [المطففين: ١ ـ ٣]. فدل هذا على أن يكيل له غيرُه إذا اشترى، ويكيلُ لغيره إذا باع. وفي قصة يوسف عليه السلام أن البائع عليه الكيل، قال الله تعالى عنه: ﴿أَلَا تَرَوْنَ أَنِّىٓ أُوفِى ٱلْكَيْلَ وَأَنَا۠ خَيْرُ ٱلْمُنزِلِينَ﴾ [يوسف: ٥٩]. وكذلك في قصة جابر، قال له ﷺ: «**كِلْ لِلْقَوْمِ**». وجابرٌ هو الغارم عن أبيه. وهذا هو الذي يُعطيه النظرُ؛ لأنه من باع شيئاً مسمى، ومقداراً معروفاً من طعام، فعليه أن يُعيِّنه ويُميِّزه مما سواه، وكذلك من ابتاع إنما يبتاع بدراهم موزونة معلومة يُعطيها للبائع في سلعته، فعليه الوزنُ والانتقاء؛ لأن عليه تعيين ما باعه من الدراهم بالسلعة. والله الموفق.اهـ.

(١) **التخلية**: إخراج ما يشغل المبيع من الأشياء الخاصة بالبائع؛ من أثاث وآلات وعُدَد ونحو ذلك، مع تسليم المفاتيح إن كان للمبيع مفاتيح كالدار والمخزن. ويتبع القبضَ تسليمُ ما يخص المبيع من وثائق، وإجراء معاملات نقل الملكية؛ لأن المشتري لا يتمكن من الانتفاع الكامل بالمبيع إلا بذلك.

وإذا كانت تخلية المبيع تحتاج إلى نفقات فهي على البائع، كالتوفية في المثلي؛ ولأن البيع لو كان مقايضة بين دار ودار مثلاً، لوجب على المشتري أيضاً تخلية داره التي جعلها ثمناً للأخرى.

(٢) والمكان الذي يلزم البائع تسليم المبيع فيه، هو المكان الذي يوجد فيه المبيع عند العقد، سواء بيع حاضراً أم غائباً. فمُؤْنة نقله من مكانه إلى حوز المشتري على المشتري، إلا لشرط أو عرف؛ لأن ربه إنما باعه على الصفة التي هو عليها، وتكليفُه النقلَ إلى حيث يريد المشتري، زيادةٌ يزدادها عليه، فلم تجز إلا بالشرط.

باب أثر البيع السابق على البيع اللاحق

من اشترى شيْئاً، فلهُ أن يُعيدَ بَيْعَهُ ممَّن شاءَ؛ البائعِ وغيرِه، وكيْفَ شاءَ، إلَّا في بيوعِ الآجالِ وفي العِينَةِ[(١)]. ولا يلزمُهُ أن يُخبِرَ بثمنِ الشِّراءِ، إذا أعادَ البَيْعَ، إلَّا في بَيْعِ المرابَحةِ.

فَصْلٌ
في بيوع الآجال[(٢)]

مَن باعَ سلعةً بثمنٍ مسمًّى إلى أجلٍ مسمًّى، ثم اشتراها من المشترِي، جازَ إلَّا أن يكونَ متذرِّعاً بذلك، شرطاً أو عرفاً، إلى استباحَةِ المحرَّمِ من سلفٍ بزِيادةٍ، أو بَيْعٍ وسلفٍ، فإنَّه لا يجوزُ[(٣)].

---

(١) ففيهما بعض الصور التي لا تجوز، سنبينها في موضعها.

(٢) **بيوع الآجال**: جمعٌ مضافٌ إلى جمع، ومفرده: بيع الأجل، ومعناه: البيع الذي أُجل فيه الثمن بأجلٍ مسمًّى. إلا أن علماءنا خصصوا هذا المعنى بالأحوال التي يعيد البائع فيها شراء سلعته من المشتري، قبل انقضاء الأجل، على وجه تكون فيه البيعة الثانية ذريعة إلى الحرام من الربا وما يشبهه.

(٣) فبيوع الآجال ليست ممنوعة بجميع صورها، بل في الصور التي تؤول في النهاية إلى ما ذكرنا. وكذلك لا تكون ممنوعة في تلك الصور إلا أن يكون التذرع مقصوداً لدى العاقدين؛ إما باتفاق بينهما، وإما تبعاً لعرف تعارفه الناس بكثرة القصد إلى التوسل ببيوع الآجال إلى استباحة المحرم. وأما =

....

= ما قل القصد إليه عادة كالمعاوضة على الضمان، أو الصرف المؤخر، فلا يحرم وإن كانت صورته في المآل صورة المحرم؛ لأن الأصل الإباحة حتى يدل الدليل على الحرمة. ومثال المعاوضة على الضمان: أن يبيعه ثوبين بألف دينار إلى شهر، ثم يشتري منه أحدهما بألف دينار عند الأجل، فيكون المشتري كأنه أخذ أحد الثوبين عوضاً عن ضمانه للآخر لمدة شهر. ومثال الصرف المؤخر: أن يبيعه ثوباً بمئة دينار إلى شهر، ثم يشتريه منه بألف درهم نقداً، فيكون كأنه اصطرف الدراهم بالدنانير مع تأخير في قبضها.

واستند علماؤنا في منع بيوع الآجال في صورها المؤدية إلى المحرم، إلى الأدلة الآتية:

الأول: وجوب سد الذرائع إلى الحرام. ولإثبات هذه القاعدة أدلة مذكورة في أصول الفقه.

الثاني: أن الشرع نهى عن بيع وسلف، ولو وقع البيع منفصلاً عن السلف لجاز، فدل ذلك على أنه قصد إلى سد الذريعة إلى أن يكون البيع سبيلاً إلى الانتفاع بالسلف، مع أن العاقدين قد لا يكونان قاصدين لذلك في واقع الأمر. وإذا كان كذلك فلا بد من سد كل ذريعة يكون البيع فيها سبيلاً إلى الحرام من الربا ونحوه.

الثالث: رواية ابن وهب في «المدونة» النهيَ عن بيوع الآجال إذا كانت ذرائع إلى المحرم، عن زيد بن ثابت، وابن عمر وأبي سعيد الخدري وابن عباس والمقداد بن عمرو، من الصحابة، وسليمان بن يسار وقبيصة بن ذؤيب من التابعين. وهذا دليل على أن مالكاً رَحِمَهُ ٱللَّهُ متبع في بيوع الآجال لمن سلفه من الصحابة والتابعين.

الرابع: ما أخرجه البيهقي بسنده إلى أبي إسحاق السبيعي، أنه قال: دخلت امرأتي على عائشة وأم ولدٍ لزيد بن أرقم، فقالت لها أم ولد زيد: إني بعت من زيد عبداً بثمانمئة نسيئة، واشتريته منه بستمئة نقداً، فقالت عائشة: أبلغي زيداً أن: قد أبطلتَ جهادك مع رسول الله ﷺ، إلا أن تتوب! بئسما =

كَمَا إذا اشتَرَاها بثمنٍ أقلَّ من الأَوَّلِ، نقداً أو إلى أجلٍ أقْرَبَ من أَجَلِها الأَوَّلِ. وكذلك إذا اشتراها بثمنٍ أكثرَ، إلى أجلٍ أبْعدَ[١].

فَصْلٌ
في بيع العِينَة
والمرابحة من الآمر بالشراء[٢]

والعِينَةُ في البَيْعِ ثلاثةُ أنواعٍ:

= شريتَ وبئسما اشتريتَ. وأخرجه عبد الرزاق في «المصنف» والدارقطني في «السنن» وسحنون في «المدونة» من رواية ابن وهب بنحوه. وهذا مما لا يقال بالرأي، فعلمنا أنها قالته عن توقيف.

(١) فإذا باع سيارة بمليون دينار جزائري، إلى ستة أشهر، ثم اشتراها من المشتري بثمانمئة ألف ناجزة، أو مؤجلة إلى ثلاثة أشهر، فلا يجوز؛ لأن السيارة رجعت إليه وبقي كأنه أقرض ثمانمئة ألف ليتقاضى منها مليون. وكذلك إذا اشتراها منه بمليون ومئتي ألف، إلى سنة، لم يجز؛ لأنه يأخذ من المشتري بعد ستة أشهر مليون ليرد إليه مليونَ ومئتي ألف. وهذه أمثلة على ما يؤول إلى سلف بزيادة.

ومن أمثلة ما يؤول إلى بيع وسلف: أن يبيع سلعة بدينارين إلى شهر، ثم يشتري نصفها بدينار نقداً. فإذا حل الأجل قبض البائع دينارين؛ أحدهما عوض عن نصف السلعة، وهذا بيع، والآخر عوض عن الدينار الذي دفعه نقداً، وهذا سلف.

(٢) وقد ورد التحذير من العِينَة في حديث رواه ابن عمر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعِينَةِ، وَأَخَذْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ، وَرَضِيتُمْ بِالزَّرْعِ، وَتَرَكْتُمُ الْجِهَادَ، سَلَّطَ اللهُ عَلَيْكُمْ ذُلّاً لَا يَنْزِعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا إِلَى دِينِكُمْ**». أخرجه أبو داود. وصححه ابن القطان من رواية الإمام أحمد في كتاب «الزهد». =

الأول: أن يشتريَ تاجرٌ أو بنكٌ أو شَرِكةٌ، سلعةً ليبيعَها ممَّن طَلَبَها منه. فذلك جائِزٌ، إذا لم يكنِ الطَّالبُ لها آمِراً بالشِّراءِ، ولا واعداً بالمرابحةِ فيها[١].

والثَّانِي: أن يأمرَهُ طالبُ السِّلعةِ بالشِّراءِ، دون أن يصرِّحَ له بالمرابحةِ، وإنما يُعرِّضُ بذلك تعريضاً. أو يطلُب زيدٌ من عمرٍو قرضاً بزيادةٍ في القضاءِ، كثمانينَ في مِئةٍ، إلى شهرٍ، فيَعْدِلُ عن ذلك لِمَا فيه من الرِّبَا، ويعْرِضُ عليه واسِطةً من البَيْعِ تُفضِي إلى نفسِ الغَرَضِ، بأن يبيعَهُ سلعةً بمِئةٍ إلى شهرٍ، وثمنُ مِثْلِها الحَاضِرُ ثمانونَ. فذلك جائزٌ مع الكراهةِ[٢].

= واختلفت عبارات شيوخ المذهب في تحديد معنى العِينة، فحدها بعضهم بأنها: بيع الإنسان ما ليس عنده، وهو تعريف فيه توسع؛ لأن الصور التي ذكروها في التفصيل والتي لخصتها ههنا، لا ينطبق على شيء منها هذا التعريف. وقال ابن عرفة في «الحدود»: بيع أهل العِينة هو البيع المتحيل به إلى دفع عين ـ دنانير أو دراهم ـ في أكثر منها. ومثل له الرصاع بمن باع سلعة بعشرة إلى شهر، ثم اشتراها بخمسة نقداً. ولا يخفى أن هذا يدخل في بيوع الآجال، كما سبق تمثيله. والرأي عندي ـ والله أعلم ـ أن تُعَرَّف العِينة بطريق التقسيم، كما فعل ابن رشد في «المقدمات» والقاضي عياض في «التنبيهات»؛ لأن منها مباحاً ومكروهاً ومحظوراً. والله أعلم.

(١) قال الباجي في «المنتقى»: وهو بمنزلة من يشتري سلعة عَرَف نَفاقَها، ورجا حرص الناس على شرائها. ونقل عن ابن القاسم أنه قال: إن العِينة الجائزة أن يشتري الرجل المتاع والحيوان والدواب والعروض، ويُعدُّها لمن يشتريها منه، ولا يواعد في ذلك أحداً بعينه، وإنما يُعدُّها لكل من جاء يطلب الابتياع منه بنقد وإلى أجل، فهذه عِينة جائزة لا كراهية فيها. اهـ.

(٢) أما الجواز؛ فلأنه في الحالة الأولى لم يوجد وعد صريح =

والثالثُ: أن يكونَ الآمرُ بالشِّراءِ واعداً للتاجِرِ بالمرابحةِ. وهذا لا يجوزُ إن كانَ نَسِيئَةً، وفي النَّقْدِ قَوْلَانِ[١].

= بالمرابحة، ولا اتفاق عليها، وفي الحالة الثانية لم يوجد اتفاق على الربا؛ لا في صورته ولا في معناه حيث اشترى السلعة شراء مستقرّاً. وأما الكراهة فلما في التعريض بالمرابحة من شبه الوعد بها، ولما أن البيعة لم تخلص للمعاوضة، بل قصد منها العدول عن الربا الصريح إلى صورته.

(١) وهذا معنى قول مالك في «الموازية»: ومن سأل رجلاً أن يبيع منه شيئاً إلى أجل، فقال: ما عندي، ولكن أشتريه لك. فيراوضه على الربح، ثم يبتاعه ثم يبيعه منه إلى أجل. قال مالك: هذه العينة المكروهة. وكذلك إن قال: ابتع لي سلعة كذا، وأربحك فيها كذا وكذا إلى أجل كذا وكذا، فهو مكروه. فكأنه دفع ذهباً في أكثر منها. قال مالك: ولو قال: ما عندي، فذهب عنه ثم ابتاع هذا ذلك من أجله على غير موعد، ثم لقيه، أو عاد إليه فباعه منه فلا بأس به، إن لم يكن غير هذا. اهـ. من «النوادر والزيادات». ونقل الباجي في «المنتقى» نحوه عن ابن القاسم من رواية عيسى بن دينار.

وقوله: هذه العِينة المكروهة، معناه الممنوعة التي لا تجوز؛ ألا ترى أنه علله بعلة تقتضي الحرمة؛ وهي القرض بفائدة؟ وصرح بذلك القاضي عياض في كتاب «التنبيهات»، فقال: الحرامُ الذي هو ربا صُراح: أن يُراوض الرجلُ الرجلَ على ثمن السلعة التي يساومه فيها، ليبيعها منه إلى أجل، ثم على ثمنه الذي يشتريها به منه بعد ذلك نقداً. أو يراوضه على ربح السلعة التي يشتريها له من غيره، فيقول: أنا أشتريها على أن تُربحني فيها كذا، أو للعشرة كذا؛ قال ابن حبيب: فهذا حرام. وكذلك لو قال: اشترها لي وأنا أُربحك وإن لم يسمِّ ثمناً، قال: وذلك كله ربا ويفسخ هذا، وليس فيه إلا رأس المال. اهـ. من «مواهب الجليل».

وعلى قياس هذا:

لو اتفقت مؤسسة تمويل من بنك أو غيره، مع شخص على أن تشتري له =

....

= سيارة بصفة كذا وكذا، ومبلغ كذا وكذا، على أن يُربحها (١٠٪) أو أكثر أو أقل من الأجزاء، أو مبلغاً مقطوعاً، ويكون الثمن مؤجلاً كله إلى أجل واحد، أو مقسَّطاً على عدة آجال، فهذا من العينة التي لا تجوز؛ للمعنى الذي علل به مالك، وهو صيرورة المعاملة في النهاية إلى قرض بفائدة. ولتفصيل ذلك حالتان:

الأولى: أن يتفق الآمر مع المؤسسة على أن تشتري السيارة باسمه، فتلزمه بكل حال؛ لأن المؤسسة ليست إلا وكيلاً له بالشراء، وتكون قد أسلفت له الثمن الذي دفعته. فإذا جاء الأجل اقتضت منه ما أسلفته مع فائدة، وإن سمياه ثمناً وربحاً. وهذا المعنى موجود أيضاً مع عدم الأجل؛ فكان غير جائز في أحد القولين كما ذكرت في الأصل؛ لأنه لا يجوز لك أن تسلف رجلاً ألفاً على أن يقضيك أكثر منها، من غير فرق بين أن يكون السلف مؤجلاً أو حالّاً. فإن قيل: الزيادة أجرة المؤسسة في القيام بالشراء، فلِمَ لَمْ تجز؟ فالجواب: أنها لم تجز بعلة كون المعاملة جمعت سلفاً وإجارة؛ ألا ترى أن المؤسسة أَجَرَتْ نفسها منه لشراء السيارة وشرطت له أن تسلفه الثمن؟ وقد ثبت في السنة النهي عن بيع وسلف. والإجارة مثل البيع.

الثانية: أن يتفقا على شراء السيارة باسم المؤسسة، ثم تعيد بيعها لآمِرِها بالشراء. وعلل ابن حبيب في «الواضحة» وابن رشد في «البيان» المنع في هذه الحالة، باشتمال الصفقة الثانية على بيع الإنسان ما ليس عنده، وقد ثبت النهي عنه في حديث حكيم بن حزام وحديث عبد الله بن عمرو بن العاص. وذلك أن الاتفاق على الربح قبل شراء السيارة، في معنى شراء الآمر لها قبل وجوبها للمأمور، وإن كان مواعدة. وهذا التعليل يقتضي أن لا يفترِقَ الحكمُ بين أن يكون الشراء الثاني نقداً أو إلى أجل. قال ابن حبيب في «النوادر والزيادات»: وإن قال: اشترها لنفسك بعشرة نقداً، وأنا أشتريها منك باثني عشر نقداً، أو إلى أجل، لم يجز. فإن نزل فسخ الشراء الثاني؛ لمواطأته على وجوبِ بيعها قبل وجوبها للبائع، فدخلها بيعُ ما ليس عندك. اهـ. =

= وقال ابن المواز في «النوادر»: إن كان بالنقد كلُّه وهما حاضران، فجائز، وإن كان دخله تأخير دخله الزيادة في السلف، فلا يجوز. اهـ. فعلل المنع باشتمال الصفقة الثانية على قرض بفائدة، في مثل قول الآمر للمأمور: اشترها بعشرة نقداً، وأنا آخذها منك بأحد عشر إلى أجل. فلما لم يشترها المأمور إلا ليبيعها من الآمر بالثمن الذي اتفقا عليه، كان الثمن الذي دفعه في شرائها بمنزلة السلف للآمر، على أن يؤدي إليه أكثر منه عند الأجل، وهذا من الربا.

إذا تبين هذا، فإن تم شراء السلعة وإعادة بيعها للآمر، لم يفسخ الشراء الأول؛ لأنه صحيح لا موجب لفسخه. وفي فسخ البيع الثاني قولان في المذهب حكاهما ابن رشد في «البيان»؛ **أحدهما**: يفسخ وترد السلعة إلى المأمور؛ لأنه بيع منهي عنه فكان فاسداً، والفاسد مستحق للفسخ. فإن فاتت في يد الآمر بهلاك أو استهلاك أو تصرف ناقل للملك، أو بحوالة سوقها أو تغير بدنها، ضمن قيمتها يوم القبض كالمغصوب. **والثاني**: لا يفسخ، فتلزم السلعةُ الآمرَ بالثمن الذي اتفقا عليه، لا بثمن شرائها؛ لأنها دخلت بالشراء الأول في ملك المأمور، فلو هلكت قبل بيعها للآمر هلكت مضمونة على المأمور. ويستحب له أن يتورع، فلا يأخذ منه إلا ما دفع في شرائها. والله أعلم.

● **تتمة في مرابحات البنوك:**

يستنتج مما سبق أن عقد المرابحة الذي تجريه المصارف الإسلامية، في حقيقته ومآله صيغة من صيغ التمويل الذي لا يجوز، ويدخل في النوع الثالث من أنواع العينة، ولا سيما أنه يقترن أحياناً بشروط ومعاملات أخرى تزيده ضِغثاً على إبَّالة، وتؤكد البطلان فيه.

يبين ذلك أن البنك يُقرض العميل مبلغاً مساوياً لثمن السلعة المرابح عليها باسم «المرابحة للآمر بالشراء»، ويشترط عليه أن يقضيه على أقساط مؤجلة بآجال معلومة، مع زيادة يضيفها عليه باسم الربح. فهذه الزيادة في معنى الفائدة المضافة على اعتماد مفتوح في بنك ربوي. وليست السلعة سوى =

....

= وساطة تُستحل بها الزيادة، بدليل أن البنك لا غرض له في شراء السلعة أصلاً؛ لأنه يشتريها على الصفة التي يحددها العميل، وهذا يُصيِّر شراءَ البنك لها باسمه لغواً لا معنى له، ويزيد في تأكيدِ أنه إنما يشتريها للعميل، أنه يأخذ منه تعهُّداً على أن يشتريها منه بعد قبض البنك لها من الجهة التي اشتراها منها.

ومن الناس من ينظر إلى قبض السلعة في الشراء الأول، فإذا تحقق قبضها من البنك قبل إعادة بيعها، جازت المعاملة وإلا فلا. وهذا عندي لا مدخل له في الحكم؛ لأن قبض السلعة من صفقة سابقة ليس شرطاً في إعادة بيعها في قول علمائنا، إلا في الطعام لورود النص به، كما سبق في موضعه.

وأنبه في تتمة بحث هذه المعاملة، إلى ما يدخل فيها مما يسميه بعض الباحثين: «الوعد الملزم» وينسبونه للمالكية، على اعتبار أن التعهد للبنك بشراء السلعة لا يلزم الوفاء به قضاءً، إلا في قياس قولهم دون سائر أئمة المذاهب. وهذا خطأ على المالكية، فإنهم يتفقون مع كافة المذاهب في أن الوعد من حيث هو لا يكون لازماً، بل يستحب الوفاء به أو يجب ديانة لا قضاء. فقد روى ابن المواز في كتابه عن مالك أنه قال: ومن قال لِمِديانٍ ـ أي: غريم ـ أو غيره: أنا أُعيرُك، أنا أهبُك، فلا يلزمُه، وقد رغب عن مكارم الأخلاق، ولا أدري كيف ذلك فيما بينه وبين الله. نقله المواق.

وأما الوعد الذي يلزم الواعدَ في قولهم، فيقضى عليه به إن امتنع، فهو الذي يَدخل الموعودُ بسببه في معاملة مالية، كما لو وعد الأب ابنه بالمساعدة بمبلغ من المال في زواجه، فتزوج الولد بسبب هذا الوعد، ونظيره ما في «تهذيب البراذعي»: كمن قال لرجل: ابتع عبدَ فلانٍ وأنا أعينُك بألف درهم، فاشتراه، لزمه ذلك الوعد.اهـ. وكمن قال لامرأته: إن أتيتني بمئة ألف دينار فارقتُكِ، فباعت بعض أملاكها وجاءته بالمبلغ، أو اقترضته، فإنه يلزمه؛ لأنه ورَّطها، فإن أتته به من مال حاضر عندها، لم يلزمه ما دام يفهم منه الوعد المجرد. وهذا معنى قول الشيخ خليل في باب الخلع: وَلَزِمَ في أَلْفٍ الغَالِبُ =

. . . .

= والبَيْنُونَةُ، إن قَالَ: إنْ أعْطَيْتِنِي ألْفاً فارقتُكِ، أو أفارقْكِ، إن فُهِمَ الالْتِزَامُ أو الوَعْدُ إن ورَّطَهَا. ومعنى: **ورَّطها**: أدخلها بسبب وعده في تعامل مالي على نحو ما بينا أعلاه.

وأما تعهد العميل بالشراء من البنك، فتكييف معناه في لغة الفقه لا يُعطي أنه وعد حتى يقال: إنه ملزم أو غير ملزم، وإنما هو التزام. وبين الوعد والالتزام فرق معنوي دقيق، وذلك أن الالتزام إذا كان فيما بينك وبين نفسك، فهو نذر معلق يجب الوفاء به ديانة، كما لو جعلت على نفسك إن نجحت في امتحان كذا أن تتصدق بألف دينار أو تصلي عشرين ركعة. أما إذا كان فيما بينك وبين طرف آخر، فهو عقد يلزمُك الوفاء به بطريق القضاء إذا امتنعت، وإنما سُمي التزاماً لتركبه من شرط ومشروط، فيتعلق تنفيذ المشروط على وجود الشرط في المستقبل، وليس هو كالعقد الناجز في الحال. ومن أمثلته في العقود المسماة: الجعالة، فإن صيغتها صيغة التزام، كما لو فقدت متاعاً فأعلنت في ملأ من الناس: من رد علي متاعي أعطيته ألف دينار، فتلزمك الألف لمن رده عليك إن كان من السامعين للإعلان عن المكافأة. فإن لم يكن من السامعين لم يلزمك له شيء؛ لأنه لا التزام منك له بشيء.

ومن أمثلة الالتزام أيضاً قول الشيخ خليل السابق في الخلع: ولَزِمَ. . . إنْ فُهِمَ الالْتِزَامُ. يعني: ولزم الزوجَ الخلعُ إن قال لها: إن أعطيتني ألفاً فارقتُكِ، إن فُهم من سياق الكلام أو قرائن الأحوال، أنه التزم ذلك لها التزاماً.

والذي يحصل في مرابحات البنوك مثلُه، فإن العميل يلتزم للبنك إن اشترى السيارة أو غيرها من السلع، بصفة معلومة، أن يشتريها منه ويُربحه فيها نسبة معلومة مضافة على ثمن الشراء. وقد سبق في كلام القاضي عياض أن المرابحة بهذا الالتزام وجه من وجوه العِينة المحرمة. أما لو قلت لشخص: اشترِ سيارة بصفة كذا وكذا، وأنا أربحك فيها، فهذا وعد بالمرابحة، لأنك لم تسمِّ له مبلغاً معيناً يخرجه من الوعد إلى الالتزام، ولذلك كان مكروهاً ولم =

فَصْلٌ
في بيع المرابحة

ويجوزُ بَيْعُ السِّلعةِ مرابحةً بعد شرائِها[(١)]؛ بأن يُعلِمَ المشترِي

= يبلغ حد الحرمة. قال عياض في كتاب «التنبيهات» في أقسام بيوع العينة: والمكروه أن يقول: اشتر سلعة كذا، وأنا أربحك فيها وأشتريها منك، من غير مراوضة ولا تسميةِ ربحٍ، ولكن يُعرِّض به. اهـ.

فبان بهذا التفريق أن الوعد الملزم لا مدخل له في مرابحات البنوك. والله أعلم.

(١) عرف ابن عرفة بيع المرابحة بقوله: بيعٌ مرتبٌ ثمنُه على بيع سبَقَه، غيرَ لازمٍ مساواتُه له. اهـ. فهو إعادة البيع لما تم شراؤه بثمن جديد، يحدد بناء على الثمن السابق؛ إما بزيادة عليه أو بنقصان منه، ويسمى حطيطة. وقوله: غيرَ لازمٍ مساواتُه له، يعني أن الثمن الجديد قد يكون مساوياً للقديم إلا أنه ليس ضروريّاً ولا مشروطاً، وبهذا القيد تخرج الإقالة والتولية والشفعة والرد بالعيب، عن أن تكون من بيوع المرابحة، فإن هذه العقود يكون فيها الثمن الجديد مبنيّاً على الثمن السابق كالمرابحة، ولكنه يكون مساوياً له لزوماً، وإلا لم يصح.

وبيع المرابحة جائز كالمساومة والاستئمان والمزايدة، إلا أن الأفضل البيع مساومة؛ لما في المرابحة من كثرة الحسابات واحتمال الكذب والغلط. قال الشيخ خليل: وَجَازَ [البَيْعُ] مُرَابَحَةً وَالْأَحَبُّ خِلَافُهُ. اهـ.

ويدل على جواز البيع مرابحة عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. وروى مالك في «الموطأ» عن أهل المدينة الإجماع على التعامل بالمرابحة، وكيفية حسابها. وروى سحنون في «المدونة» عن ابن مسعود: أنه كان لا يرى بأساً ببيع عشرة اثني عشر أو بيع عشرة أحد عشر. وقال ابن قدامة في «المغني»: لا خلاف في صحته، ولا نعلم فيه عند أحد كراهة.

المرابِحَ بما قامتْ عليه في شرائِها، ثم يبيعُها منه على ربحٍ مقطوعٍ أو نسبةٍ مئويةٍ مضافةٍ على كلفةِ الشِّراءِ[١].

وما أنفقهُ البائعُ على السِّلعةِ، مما له تأثيرٌ ظاهرٌ في عينِها، كالقِصارةِ، والخِياطةِ، والصَّبغِ، والطَّرزِ، فإنه يُلحقُ بثمنِ الشِّراءِ مع رِبحهِ، وأمَّا ما لا تأثيرَ له في عينِها، كأُجرةِ النَّقلِ، والتَّخزينِ، والسَّمسرةِ على الشِّراءِ، فيُلحقُ بأصْلِ الثَّمَنِ ولا ربْحَ له إلَّا بالشَّرطِ[٢].

---

(١) ففي النوع الأول يكون الربح منفصلاً عن ثمن الشراء، كأن يقول له: اشتريت هذه الدار بمليون دينار جزائري، فأربحني خمسين ألفاً، أو أضع لك خمسين ألفاً من ثمنها وأبيعكها. وفي النوع الثاني يكون الربح متصلاً بثمن الشراء، بجعل الربح أو الوضيعة، نسبة مئوية على الثمن وتوابعه المحسوبة معه بالشرط أو بالعرف. كأن يقول له: اشتريتها بعشرة آلاف، فأربحني (١٠٪) (عشرة من مئة)، أو أضع لك (١٠٪) (عشرة من مئة) من ثمنها وأبيعها منك.

(٢) وخلاصة هذا الباب: أن المشتري لسلعة إذا أراد أن يبيعها مرابحة، وجب عليه أولاً أن يدلي للمرابحين بجملة البيانات المتعلقة بوقت الشراء وبالثمن، والنفقات المضافة إليه، وبما طرأ على المبيع من تغيرات، ولا يكفي في أصل المذهب ومشهوره أن يقول: قامت علي كلفتها الإجمالية بكذا؛ لأن بيع المرابحة من بيوع الأمانة، إذ يوكل تحديد الثمن فيه إلى أمانة المشتري، وذلك يوجب عليه التفصيل في كيفية الشراء ونفقته. وذهب ابن المواز وسحنون على ما يقتضيه ظاهر كلامه في «نوازله» إلى أنه يجوز. ووجه قولهما: أن المرابح قد عرف مبلغ الثمن الذي اشترى به ورضيه، فأشبه ما لو اشترى مساومة.

فإذا تم ذلك جمع الثمن مع نفقات التزيين أو التصليح أو إضافة بعض الأجزاء، مما له عين ماثلة على ذات المبيع، وجعل ذلك في مبلغ واحد، ليضرب على الجميع نسبته من الربح المتفق عليها. وجمع النفقات التي ليس لها عين قائمة، كأجرة السمسرة إذا كانت العادة تقضي بحاجة مثل ذلك المبيع =

وإذا تبينَ أن المشترِيَ كان كاذباً بزيادةٍ، أو غالطاً بنقصٍ أو زيادةٍ، فللمرابِحِ الرُّجوعُ عليه بزيادةِ الكذِبِ، أو الغَلطِ، مع ما يقابلُها من الرِّبحِ. وفي نقصِ الغلطِ يُخيَّرُ بين إتمامِهِ مع مقابِلِه من الرِّبحِ، وبين فسخِ البَيْعِ(١).

= إلى سمسرة، كالدور والأراضي والسيارات، وكذا نفقات النقل وأجرة التخزين إذا كان العرف التجاري يقتضي ذلك. ويضيفها إلى أصل الثمن إذا كان لها تأثير في قيمة السلعة، لكن ليس لها نسبة من الربح، إلا أن يشترطها المشتري.

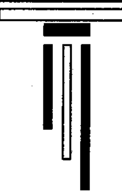
فأما ضرب الربح على ما أنفق في ما له عين قائمة في المبيع، فلأنه يصير جزءاً منه، فكانت نفقاته كالثمن لذلك الجزء. وأما عدم ضرب الربح على النفقات التي ليس لها عين مرئية، فلأنها لم تزد في المبيع شيئاً ملموساً، وأما حسابها مع أصل الثمن؛ فلأنها نفقات أوجبها الشراء وزادت في قيمة المبيع، فوجب أن يستحق عوضها من المرابح.

وأما النفقات الترفيهية التي أنفقها البائع على المبيع، ولم يكن بحاجة إليها، أو كان العرف التجاري يقضي بأن يقوم بها بنفسه دون حاجة إلى استئجار، وذلك كطي الثياب وشد الأحمال، فلا يحسُبها أصلاً.

(١) مثال الكذب أو الغلط بالزيادة: أن يكون اشتراها بثمانين، فيقول: بمئة، فتكون العشرون، وهي خُمس (٢٠٪) الثمن المكذوب أو المغلوط، ملغاة مع خُمس (٢٠٪) الربح المسمى. فإذا كان الربح عشرين، رُدَّ إلى ستة عشر، ويكون الثمن الجديد ستة وتسعين.

وإذا لم يرض المشتري بحط المبلغ الذي يقابل الكذب أو الغلط، فالمرابح مخيَّر بين أخذها بجميع الثمن وبين الفسخ.

ومثال الغلط بالنقص: أن يكون اشتراها بمئة، فيقول بثمانين، فتكون العشرون، وهي رُبع (٢٥٪) الثمن المغلوط، مستحقة مع رُبع (٢٥٪) الربح المسمى. فإذا كان الربح عشرين، رُدَّ إلى خمسة وعشرين، ويكون الثمن الجديد مئة وخمسة وعشرين، يخير المرابح بين دفعه وبين الفسخ.

باب المنازعات في البيوع

التَّنازعُ في البَيْعِ؛ إمَّا أن يكونَ في أصْلِ العَقْدِ، أو في وصْفٍ من أوصافِهِ، أو في جِنْسِ الثَّمَنِ أو نوْعِهِ، أو قَدْرِه أو أجَلِهِ.

فإذا تنازَعَا في أصْلِ العَقْدِ؛ فادَّعى زيدٌ في سِلعةٍ مقبوضةٍ عندَه، أن عمْراً باعَها منه، وأنكرَ الآخرُ وادَّعَى أنها مغْصوبةٌ، أو مقْبوضةٌ بعَقْدٍ آخرَ كالإجارةِ والإعارةِ والرَّهنِ والقرْضِ. فالقولُ قولُ عمرٍو بيمينِهِ، إلَّا لبيِّنةٍ من زيدٍ على البَيْعِ. فإن كانتْ في يدِ عمْرٍو، وادَّعَى أنه باعَها من زيدٍ، فأنكرَ، فالقولُ قولُ المنكِرِ إلَّا لبينةٍ[1].

---

(١) والأصل في المنازعات أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه؛ لقول النبي ﷺ: «**شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ**». أخرجه الشيخان عن الأشعث بن قيس. وأخرجا عن ابن عباس مرفوعاً: «**وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ**». والمدعى عليه هو الطرف الذي يتمسك بأصلٍ، أو غالبٍ، أو عرفٍ يشهد له. والمدعي من يخالف ذلك.

فمن ادعى في سلعة بيده، أنه اشتراها من فلان، فأنكر الآخر وادعى أنها مغصوبة منه، فإن كان للمدعي بينة من شاهدين عدلين، قُضي له بها؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وقوله ﷺ للأشعث في الحديث السابق: «**شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ**». وفي رواية: «**أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟**» قلت: لا، قال: فقال لليهودي: «**احْلِفْ**». ويكفي رجل واحد مع امرأتين من أهل العدالة والرضا؛ لقوله تعالى في آية المداينة: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. والبيع من =

وإذا اتَّفقَا على ثُبوتِ البَيْعِ، وادَّعَى أحدُهما فيه وصْفاً يقْتضِي فسادَهُ، كشِراءِ السِّلعةِ من غيرِ رؤْيةٍ ولا وصْفٍ، أو بثمنٍ إلى أجلٍ مجْهولٍ، فالقولُ قولُ مُنكِرِه مع يمينِهِ، إلَّا إذا غلبَ الفسادُ في التَّعاملِ(١). وإذا ادَّعَى أحدُهما خياراً في العَقْدِ، فالقولُ

= الحقوق المالية، فجاز القضاء فيه بشهادة النساء مع الرجال، كما يجوز بالشاهد مع يمين المدعي، على ما نبينه في باب الشهادات من كتاب القضاء. كما يكفي في إثبات البيع الوثائق والمستندات الخطية الرسمية المصدقة. فإن عجز عن البينة، صدق الآخر في دعوى الغصب بيمينه، وقضي له بردها؛ للأخبار السالفة.

فإن ادعى صاحبها عقداً آخر كالإجارة والعارية والرهن، فالقول قوله أيضاً؛ لأن القبض شاهد على وجود عقد ادعاه القابض ولم ينفه المالك، وإنما ترجح قول المالك من جهة كونه ادعى في العقود المذكورة ما لا يخرج العين عن ملكه، وهو موافق للأصل، والآخر ادعى في البيع نقل الملك.

وهذا ينطبق أيضاً على القرض؛ لأنه يوجب على المقترض رد مثل العين المقترضة صورة ومعنى، والبيع يوجب على المشتري الثمن، والأصل أن يرد الإنسان عين ما أخذ أو مثله، لا ثمنه، فأشبه القرضُ العاريةَ والرهنَ من هذا الوجه.

وإذا كانت العين المقبوضة في يد المدعي، قد فاتت باستهلاك أو تغيير أو تصرف فيها، وجب عليه ضمان المثل لصاحبها فإن لم يكن فالقيمة؛ لأنه عجز عن رد العين فوجب بدلها في ذمته، وهو المثل أو القيمة.

(١) وإنما رجح قول مدعي الصحة؛ لأن الأصل أن عقود المسلمين ومعاملاتهم تنعقد على الصحة وتُجرَى على السداد، فإذا غلب الفساد في المعاملات ترجح حينئذ على الأصل؛ لأن الغالب مقدم على الأصل عند التعارض، فيقضى لمن تمسك به. ومن العقود التي يكثر فيها الفساد لكثرة شروطها وجهل الناس بتلك الشروط: الصرف والسلم والمساقاة والمغارسة، =

قولُ مُنكرِهِ[١].

وفي ادِّعاءِ رهْنٍ أو كَفيلٍ بالثَّمَنِ، يَتحالَفانِ ويَتفاسَخانِ، إلَّا أن تفوتَ السِّلعةُ، فيُصدَّقُ المشترِي، كاختلافِهما في قدْرِ الثَّمَنِ والأَجلِ[٢].

= فمن ادعى أن الصرف تم بغير مناجزة، أو أنهما لم يُسمِّيا أجلاً في السلم، فإنه مصدق على صاحبه.

(١) هذا هو المشهور، وهو قول ابن القاسم. وقال أشهب: يصدق مدعي الخيار.

وجه المشهور: أن الأصل في العقود البت واللزوم، والخيار وصف طارئ، بدليل افتقاره إلى التصريح بالاشتراط. ووجه قول أشهب: أن الأصل عدم انتقال الملك، والخيار يقتضيه، فوجب أن يكون من تمسك به مقدماً على غيره.

(٢) كأن يقول البائع: بألف، أو إلى شهر، ويقول المشتري: بخمسمئة، أو إلى شهرين.

فأما التحالف والتفاسخ مع بقاء السلعة بحالها؛ فدليله من السنة حديث ابن مسعود قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيِّعَانِ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ، فَهُوَ مَا يَقُولُ رَبُّ السِّلْعَةِ، أَوْ يَتَتَارَكَانِ**». أخرجه أبو داود وابن ماجه، وفيه قصة بين ابن مسعود والأشعث بن قيس. ورواه مالك بلاغاً عن ابن مسعود، رفعه، بلفظ: «**أَيُّمَا بَيِّعَيْنِ تَبَايَعَا، فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ، أَوْ يَتَرَادَّانِ**». قال ابن عبد البر في «التمهيد»: وهذا الحديث محفوظ عن ابن مسعود كما قال مالك، وهو عند جماعة العلماء أصل تلقوه بالقبول وبنوا عليه كثيراً من فروعه، واشتهر عندهم بالحجاز والعراق، شهرة يستغنى بها عن الإسناد، كما اشتهر عندهم قوله ﷺ: «**لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ**». اهـ.

فأفاد الحديث أن المتبايعين إذا اختلفا، فإن كانت لأحدهما بينة قضي له بها على صاحبه، وإن لم يكن لواحد منهما بينة، تحالفا وتفاسخا؛ لأن كل =

....

= واحد منهما مدع ومدعى عليه. ويبدأ البائع باليمين فيحلف على تحقيق دعواه ونفي دعوى المشتري؛ لأنه هو صاحب السلعة ولم يرض بخروجها من ملكه إلا على الوصف الذي ادعاه، وهذا معنى الحديث: «**فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ**». فإذا حلف البائع، قيل للمشتري: إما أن تأخذ بما حلف عليه البائع، وإما أن تحلف على تحقيق دعواك ونفي دعواه، وتبرأ.

وحكى مالك في «الموطأ» عمل أهل المدينة على هذا بقوله: الأمر عندنا في الرجل يشتري السلعة من الرجل، فيختلفان في الثمن؛ فيقول البائع: بعتكها بعشرة دنانير، ويقول المبتاع: ابتعتها منك بخمسة دنانير؛ أنه يقال للبائع: إن شئت فأعطها للمشتري بما قال، وإن شئت فاحلف بالله ما بعت سلعتك إلا بما قلت. فإن حلف، قيل للمشتري: إما أن تأخذ السلعة بما قال البائع، وإما أن تحلف بالله ما اشتريتها إلا بما قلت، فإن حلف برئ منها، وذلك أن كل واحد منهما مدع على صاحبه. اهـ.

وهذا الحكم يعم جميع أحوال الاختلاف، إلا ما سبق من ادعاء شرط فاسد في العقد، أو ادعاء الخيار، وما سيأتي في بعض الأحوال الخاصة.

فإن حلفا جميعاً فُسخ البيعُ بينهما، وردت السلعة إلى البائع والثمن إلى المشتري. ونكولهما معاً عن اليمين كحلفهما، فإن نكل أحدهما قُضي لصاحبه عليه. وهل ينفسخ البيعُ بتمام التحالف، كالنكاح ينفسخ بتمام اللعان، أو لا ينفسخ حتى يفسخه الحاكم؟ اختلف فيه المذهب على قولين. والأول قول ابن عبد الحكم وسحنون، والثاني قول ابن القاسم، وعليه مشى الشيخ خليل. فعلى الأول لا سبيل لأحدهما ولا لكليهما، إلى الإمضاء بعد تمام التحالف أو التناكل. وعلى الثاني لكل منهما أن يرجع إلى قول صاحبه، فيلزمه البيعُ، ما لم يحكم الحاكم بالفسخ أو يتقايلا.

وأما إذا فاتت السلعة بيد المشتري، بهلاك أو استهلاك أو تغيُّر في عينها أو في قيمتها، أو تغيِير كتقطيع الثوب، أو تصرف فيها بالبيع ونحوه، فيصدق المشتري في قوله مع يمنيه، كما ذكر، ولا يتحالفان على المشهور. وقال =

فَصْلٌ
في التنازع في الثمن والقبض

وإذا تنازَعَا في جِنْسِ الثَّمَنِ أو نوْعِهِ، تحالفَا وتفاسخَا(١).

= أشهب ـ وبه أفتى المازري وشيخه عبد الحميد الصائغ ـ: يتحالفان ويتفاسخان أيضاً، فيجب على المشتري ضمان قيمة المبيع للبائع. ويحتج له بعموم الحديث السابق. ووجه المشهور: أن ظاهر قوله: «أَوْ يَتَرَادَّانِ» رد الأعيان، فإذا ذهبت الأعيان فلا سبيل إلى التراد، ولما كان المشتري مقرّاً بأصل البيع، وبالثمن الذي يلزمه، كان فيما زاد على ذلك من اشتراط الرهن أو الكفيل، مدعًى عليه، وكذلك فيما زاد على الثمن الذي أقر به، فيكون القول قوله.

وكذلك يقال في الاختلاف في الأجل: إن القول قول المشتري وهو أبعد الأجلين؛ لأن الثمن يرتبط بالأجل زيادة ونقصاً، فلما كان القول قول المشتري في مبلغ الثمن، وجب أن يكون كذلك في مبلغ الأجل.

• فرع:

وإذا تنازعا في أصل الأجل، فادعاه المشتري مثلاً، وأنكره البائع، فالحكم كذلك أيضاً، في التحالف والتفاسخ في حال قيام السلعة، وتصديق المشتري في فواتها، إلا أن يشهد عرفٌ لأحدهما، فيقضى له به مع يمينه، كاعتياد الناس بيع تلك السلعة بأجل، فهذا شاهد للمشتري، أو اعتيادهما بيعها بغير أجل، فهو شاهد للبائع؛ لأن العرف شاهد معنوي يقضى به عند علمائنا.

وما سبق هو المشهور، وفي المذهب قول بتصديق البائع، حكاه ابن الحاجب في «جامع الأمهات» والقاضي عبد الوهاب في «المعونة». ووجهه: أن الأصل النقد في الثمن، والأجل طارئ.

(١) الاختلاف في جنس الثمن كأن يقول أحدهما: دنانير، ويقول الآخر: ثوب. وفي نوعه كأن يدعي أحدهما أنه من الدنانير، ويدعي الآخر أنه من الدراهم. فيتحالفان ويتفاسخان مطلقاً، سواء في حال قيام السلعة =

....

= أو فواتها. وفي حال الفوات يرد المشتري للبائع المثل فيما له مثل والقيمة في غيره، وينظر إلى قيمة المبيع يوم العقد؛ لأنه يوم انتقال الضمان، دون يوم القبض، ولا يوم الفوات، ولا يوم الحكم.

وإنما وجب التحالف والتفاسخ ولو بعد فوات السلعة، على خلاف ما سبق من الاختلاف في قدر الثمن؛ لأن كل واحد منهما يدعي شيئاً لا يصدقه فيه الآخر؛ لا في أصله ولا في وصفه، فحصل من ذلك أن البائع لم يقر بإخراج سلعته بما قاله المشتري جملة ولا تفصيلاً، وصار كل واحد منهما مدعياً ومدعًى عليه بكل حالٍ.

• **تنبيه وإيضاح:**

قال الشيخ خليل في «مختصره» في هذا الباب: إنِ اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فِي جِنْسِ الثَّمَنِ، أَوْ نَوْعِهِ، حَلَفَا وَفُسِخَ، وَرَدَّ مَعَ الْفَوَاتِ قِيمَتَهَا يَوْمَ بَيْعِهَا. وَفِي قَدْرِهِ كَمَثْمُونِهِ.اهـ. واستظهر الحطاب أنه لا فرق بين الثمن والمثمون في جملة هذا الحكم، وأن التشبيه في قوله: **كمثمونه**، عائد إلى جميع ما تقدم. فعلى هذا يكون الاختلاف في جنس المبيع، أو نوعه، أو قدره، كالاختلاف في الثمن سواء، فكان الأولى أن يقول الشيخ: إنِ اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فِي جِنْسِ أَحَدِ العِوَضَيْنِ... إلخ.

فإن قال أحدهما: بعتك هذا الفرس بعشرة دنانير، أو قال: أسلمت لي العشرة في فرس، وقال الآخر: بل بعتني هذه البقرة بعشرة، أو أسلمت لك العشرة في بقرة؛ فإن لم تكن لأحدهما بينة، بُدئ بالبائع، فأُحلِف على تحقيق قوله ونفي قول المشتري. فإن حلف، قيل للمشتري: إما أن تقر بما قال، وإما أن تحلف على تحقيق قولك ونفي قوله. فإن نكل لزمه ما قال البائع، وإن حلف فُسخ البيع، واسترد الثمن الذي دفعه إليه. وإن نكل البائعُ عن اليمين، أُحْلف المشتري، ولزم صاحبَه البيعُ بما قال. فإن نكل هو أيضاً عن اليمين، فسخ البيع كما لو حلفا معاً.

وكذلك الحكمُ إذا اختلفا في قدر المبيع، فقال أحدهما: بعتك أحد =

وفي التَّنازُعِ في قبْضِ المبيعِ أو الثَّمَنِ يُصدَّقُ نافِيهِ، فإن شهِدَ عُرفٌ لأحدِهما قُضِيَ به[١].

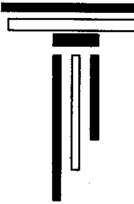
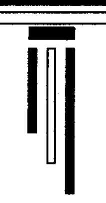
* * *

= الثوبين بعشرة دنانير، أو قال: أسلمتَ لي العشرة في خمسة أرادب من قمح، وقال الآخر: بل بعتني كلا الثوبين بعشرة، أو أسلمت لك العشرة في عشرة أرادب. والله أعلم.

(١) وتحصيل هذه المسألة: أن التنازع يقع إما في قبض المبيع، وإما في قبض الثمن. فإذا تنازعا في قبض المبيع، فادعاه البائع وأنكره المشتري، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدم القبض. وسواء قبض البائع الثمن أم لا ؛ لأن قبض الثمن لا يدل على قبض المبيع، إلا إذا كان هناك عرف يشهد بأن الثمن لا يقبض في مثل تلك السلعة، إلا بعد قبض المبيع، فيكون القول قول البائع.

وكذلك يقال في الثمن، فالبائع مصدق في عدم القبض، إلا أن يكون المبيع مقبوضاً للمشتري، ويشهد العرف أنه لا يقبض في تلك السلعة إلا بعد قبض الثمن، فيكون القول قول المشتري.



باب السلم(١)

أَرْكانُ السَّلَمِ أربعةٌ: المُسلِمُ والمُسلَمُ إليه والمُسلَمُ فيه، والصِّيغةُ(٢).

---

(١) **السلم** في اللغة: كالسلف وزناً ومعنى، وهو اسم مصدر أسلم الشيء في الشيء يُسلمه إسلاماً، إذا عجل الأول ليتقاضى الثاني في نظيره آجلاً، وعلى هذا تكون الأعمال الصالحة مُسلَمة أو مسلَفة في ثوابها، وإن كان الثواب من الله فضلاً وتكرماً، لا واجباً وتحتماً.

ومعناه في الاصطلاح الفقهي: بيع معلوم في الذمة، محصور بالصفة، بعين حاضرة أو ما في حكمها، إلى أجل معلوم.

والسلم مشروع بالكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ الآية [البقرة: ٢٨٢]. أخرج الطبري عن ابن عباس: أنه كان يذهب إلى أنها نزلت في السلم، واستدل بها على مشروعيته. **وأما السنة**: فحديث ابن عباس؛ قال: قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث، فقال: «**مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ، فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ**». أخرجه الشيخان. فدل على إقرار التبايع بالسلم، وعلى بيان شروطه في الجملة. **وأجمع العلماء** على جواز السلم، حكاه ابن المنذر وغيره. **والقياس** يوجب بطلانه؛ لما فيه من بيع المعدوم وقت العقد، وبيع الإنسان ما ليس عنده، فخرجت مشروعيته على سبيل الترخيص والاستثناء لأجل الحاجة كالقرض وبيع العرايا ونحو ذلك. وسيأتي طرَفٌ من بيان حكمته في الكلام على الأجل فيه.

(٢) **المسلِم** ـ بكسر اللام ـ: هو الدائن الذي يعجل ما عليه من =

وشَرْطُ المُسلِمِ، والمُسلَمِ إليه، كشرْطِ المتبايِعَيْنِ[(١)].

وشَرْطُ المُسلَمِ ـ وهو رأسُ المالِ ـ: أن يُعجَّلَ كلُّه، من غيرِ اشتراطِ تعيينِهِ في المجْلسِ، ولا قبْضِهِ فيه[(٢)]، وأن لا يَكُونَ مما

= العوض، ويسمى أيضاً رب السلم، والمسلِف؛ لأنه أسلف صاحبه الثمن؛ أي عجله، كالمقرِض. **والمسلَم إليه** ـ بفتح اللام ـ: هو المدين الذي يلتزم المبيع في ذمته، ويسمى المستسلِف. **والمسلَم**: العوض المعجَّل، ويسمى أيضاً رأس المال وهو الشائع. **والمسلَم فيه**: المبيع الموصوف في الذمة، ويسمى السلم أيضاً، من إطلاق اسم الفعل (المصدر) على اسم المفعول، كإطلاق الرهن على المرهون والقرض على المال المقترض.

(١) فيشترط لصحة عقد كل منهما التمييزُ، وللزومه البلوغُ مع العقل، والرشدُ، والسلامةُ من الإكراه.

(٢) فيجوز أن يتأخر تعيينه وإقباضه عن مجلس العقد.

وإذا تأخر إلى ثلاثة أيام فدونها، صح من غير فرق بين أن يكون التأخر باشتراط من المسلِف، أو بغير اشتراط. ولا يجوز أن يتأخر إلى ما فوق ثلاثة أيام، إذا كان ذلك بشرط، وكذلك من غير شرط إذا كان رأس المال من النقود، دون العروض، على المشهور. وتأخير البعض كتأخير الكل في هذا الحكم.

وروى ابن سحنون وبعض البغداديين فساد السلم إذا افترقا قبل القبض. واختاره ابن عبد البر. ووجهه: أنه متى ما تأخر كان ديناً بدين، ولا يجوز بيع الدين بالدين إجماعاً.

واستدل الباجي في «المنتقى» للمشهور بما معناه: أن تأخير قبض رأس المال ليس ممتنعاً لمعنى في العوض، بل لمعنى في العقد، وهو اشتمال الصفقة على بيع كالئ بكالئ، وقد ثبت في السنة النهي عنه. ولما كان التعجيل شرطاً في رأس المال، والتأجيل شرطاً في المسلم فيه، وكانت المدة القريبة مثل اليومين والثلاثة ليست آجالاً له، فلم يكن له بذلك حكم الكالئ، =

يَحْرُمُ فيه رِبا النَّسيئةِ مع المُسْلَمِ فيه، فلا يجُوزُ إسْلامُ الذَّهبِ في مثلِهِ، ولا الفِضَّةِ في مثلِها، ولا أحدِهما في الآخرِ[1]، ولا الطَّعامِ في الطَّعامِ مُطلقاً.

= كان ذلك دليلاً على أن تأخر قبض رأس المال عن مجلس العقد، إلى مثل اليومين والثلاثة، لا يُدخله في حكم الكالئ، فلم يمتنع. وهذا على رواية ابن القاسم في أن السلم لا يجوز إلا إلى الأجل البعيد الذي تتغير في مثله سوق السلعة المسلم فيها.

أما على رواية ابن وهب وابن عبد الحكم، في جوازه إلى الآجال القريبة مثل اليومين والثلاثة، فقد قال الباجي: لا يجوز تأخر رأس مال السلم هذا المقدار، وإنما يجب أن يكون قبضُه بالشرط في المجلس، أو ما يقرُبُ منه.

ويقال أيضاً: إن السلم عقد أجيز على خلاف القياس، وعلى سبيل الاستثناء من بيع المعدوم وبيع ما ليس عندك، وذلك يقتضي التوسع في شروطه، وعدم حمله على عقد ضيق جدّاً كالصرف. قال صاحب «المفهم»: ولم يجز الكوفيون ولا الشافعي تأخيرَه عن العقد والافتراقِ، ورأوا أنه كالصَّرف. وهذا القياس غير مسلم لهم؛ لأن البابين مختلفان بأخص أوصافهما، فإن الصَّرف بابُه ضيق، كثرتْ فيه التعبُّدات والشروط، بخلاف السَّلم فإن شوائب المعاملات عليه أكثرُ. وأيضاً فإنه على نقيضه؛ ألا ترى أن مقصود الشرع في الصَّرف المناجزة، والمقصود في السَّلم التوسيع بالتأخير؛ فكيف تُحمل فروع أحدهما على الآخرِ مع وجود هذه الفوارق؟. اهـ.

وأما من قال: إن معنى السلم أو السلف لا يوجد إلا بقبض الثمن قبل الافتراق، وإلا لم يسمَّ سلفاً في السلعة. فجوابه يتلخص من قول الباجي السابق: أننا لما اشترطنا تأخر وقت قبض السلعة عن وقت قبض الثمن، بقي معنى السلف متحققاً في صورة الخلاف، وبطل الإيراد الذي اعترضوا به. والله أعلم.

(١) وهذا يرجع إلى اشتراط المقابضة في بيع الذهب بمثله أو الفضة =

ولا يجوزُ إسلامُ ثوبٍ في ثوبيْنِ من جنسِهِ، ولا حيوانٍ في حيوانيْنِ من جنسِهِ، ولا شيْءٍ في شيئيْنِ، إذا كانا من جنسٍ واحدٍ[(١)].

= بمثلها، أو أحدهما بالآخر، كما سبق في باب الربا. فمن أسلم دنانير ذهب أو دراهم فضة، في حلي من أحدهما موصوف في ذمة المسلم إليه، من صائغ أو غيره، فلا يجوز.

وكذلك من أسلم نقداً حديثاً بعضه في بعض، كدنانير جزائرية في دنانير تونسية، أو في ذهب أو فضة على أي صفة كانا، لم يجز؛ لأن المقابلة بين الذهب والفضة ـ ولو حليّاً أو أواني أو تحفاً ـ وبين النقد الحديث، لها حكم الصرف على ما تقدم في باب الربا.

(١) وهذا يرجع إلى معنى القرض مع اشتراط الزيادة في القضاء، وهو معنى الربا. قال ابن رشد في «المقدمات»: وأما الربا في النسيئة فيكون في الصنف الواحد وفي الصنفين، فأما في الصنف الواحد، فهو في كل شيء من جميع الأشياء؛ لا يجوز واحد باثنين من صنفه إلى أجل من جميع الأشياء طعاماً كان أو غيره.اهـ.

ولو أسلف الأكثر في الأقل، كثوبين في ثوب، فلا يجوز أيضاً؛ لأنه في معنى المعاوضة على الضمان، وذلك كأنه أعطاه أحد الثوبين عوضاً على أن يضمن له الآخر في ذمته إلى أجل مسمى، وذلك لا يجوز.

وهذا إذا كانت المنافع بين المسلَم والمسلَم فيه متساوية أو متقاربة، وأما إذا اختلفت حتى تباينت، كالحمير الفارهة النجيبة مع الأعرابية الضعيفة السير، وكبار الخيل مع صغارها، والشياه الحلوبة الغزيرة اللبن مع حواشي الغنم، فيجوز إسلام الواحد منها في اثنين؛ لأن اختلاف المنافع يُصيِّر الجنس الواحد جنسين، فيكون قصد المشتري من البيع تحصيل منفعة المبيع وقصد البائع تحصيل منفعة الثمن، ويبعد القصد إلى الزيادة في السلف.

وشَرْطُ المُسْلَمِ فيه: أن يكونَ دَيناً في ذمة المُسلَمِ إليه، مُؤَجَّلاً بأَجَلٍ معْلُومٍ، موصوفاً بوصْفٍ يضبِطُه، موجوداً جنسُهُ عندَ الأجَلِ في الغالبِ[1]. فلا يجُوزُ السَّلَمُ في الأشياءِ المعيَّنةِ بعينِها أو جنسِها، كمَنْ يُسلمُ دنانيرَ في شياهٍ معيَّنةٍ، أو شائعةٍ في قطيعٍ معيَّنٍ، أو في نَتاجِها، أو في ثمارٍ معيَّنةٍ، أو من بستانٍ بعينِهِ، أو زرعِ حقلٍ بعيْنِهِ، أو ثمارِ بُقولِ مزرعةٍ بعينِها[2].

---

(١) ولا خلاف بين العلماء في ذلك، على ما حكاه القرطبي في «تفسيره» وابن قدامة في «المغني»؛ لأنه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند حلول أجله، فإن كان جنسه منقطعاً في الغالب، كان المدين عاجزاً عن تسليمه بحسب الظاهر، فيكون من بيع ما لا يقدر على تسليمه، وذلك لا يجوز.

وليس من شرطه أن يكون جنسه موجوداً عند العقد، خلافاً لما حكاه الماوردي في «الحاوي الكبير» عن مالك من اشتراط ذلك؛ لأنه وقت لا يستحق الدائن فيه على المدين تسليم المبيع، وأحرى أن لا يشترط اتصال وجوده من يوم العقد إلى يوم الوجوب.

(٢) وكذلك لا يجوز السلم في قطن أو كتان حقل بعينه.

وإنما اشترط أن يكون المسلم فيه ديناً في الذمة؛ لأن معنى السلم يقتضيه، فقد قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى ...﴾ الآية [البقرة: ٢٨٢]. وقد سبق أنها نزلت في السلم، فدل ذلك على أن السلم دين من الديون، يعني ثابتاً في الذمة. ولأن بيع المعين إلى أجل فيه غرر؛ لكونه غير مضمون السلامة في المدة. ولأن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في ثمار نخيل بأعيانها فنهاهم عن ذلك.

● **فرعان**:

الأول: في بيع الأعيان الذي يشبه السلم:

نص مالك في جامع بيع الثمر من «الموطأ» على جواز السلم في تمر =

....

= نخلات بأعيانها، أو بستان بعينه، وفي لبن غنم بأعيانها. وفصل ابن القاسم جملته في الثمر في أوائل كتاب السلم الأول من «المدونة»، وفي اللبن في أواخر كتاب التجارة إلى أرض الحرب منها.

وهذا في حقيقته من بيع الأعيان وليس من السلم، كما سيتضح من تفصيله، وصرح بذلك ابن القاسم في «المدونة»، وإنما سموه سلماً تسامحاً وتوسعاً؛ لأنه يشبهه في الصورة.

فيجوز أن يشتري رجلٌ من رجلٍ، مبلغاً معلوماً بكيل أو وزن، من تَمْر بستانه؛ لأنه اشتراء لشيء معلوم الصفقة معلوم القدر، مقدور على تسليمه، فجاز كما لو اشتراه من صبرة. ولا يجوز إلا بشرطين:

أحدهما: أن يبدو صلاح الثمرة؛ للنهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها.

والثاني: أن يشرع في قبضه في مدة قريبة لا تتجاوز نصف شهر؛ لأنه لا يجوز اشتراط التأجيل في قبض الأعيان؛ لما في ذلك من الغرر المنفي في الشرع.

فإذا شرع في قبضه في مدة قريبة جاز، وإن لم يقبضه كله دفعة واحدة، بل قسطه على عدد من الدفعات، وضرب لذلك أجلاً لا يصير الرطب في مثله تمراً. فلو تأخر القبض إلى ذلك لم يجز؛ لأنه يقبض المبيع حينئذ متغيراً عن صفته التي اشتراه عليها، والجهالة في الانتهاء مفسدة للعقد، كالجهالة في الابتداء. ولهذا المعنى لو اشتراه بسراً واشترط قبضه عند الجداد؛ أي حين يصير تمراً، لم يجز. ولأنه لا يُؤْمَن عليه أن يصير تمراً، ويخشى عليه من الجوائح، فتدخُلُ الصفقةَ المخاطرةُ. ولو اشترط قبضه رطباً، أو لم يقبضه حتى أرطب، فلا بأس؛ لأن المبيع لم يلحقه تغير في القدر ولا في الصفة قبل تمام قبضه. قال في «المدونة»: لأن أكثر الحيطان إذا أزهت، فقد صارت بُسراً، فليس بين زُهُوها وبين أن تُرطِب إلا يسير. اهـ.

وجائزٌ أن يكون الثمن في ذلك معجلاً أو مؤجلاً؛ لأنه من بيع الأعيان =

....

= كما أسلفنا، وما كان كذلك لم يشترط تعجيل الثمن فيه. فإن اشترى من الثمرة مبلغاً معلوماً بكيل أو وزن، كخمسين إردبّاً مثلاً، وعجل ثمنه للبائع، فنفدت الثمرة من البستان قبل أن يستوفي جميع ما اشترى، فإنه يرجع عليه من الثمن بقدر ما بقي من الثمر المشترى؛ لانفساخ البيع فيه بانعدام المبيع، فتصير حصته من الثمن ديناً في ذمة البائع. كمن اشترى عشرة أصوع من صبرة تمر، فلما كال له البائع وجد الصبرة في جملتها ثمانية أصوع، أو اشترى مكيلة معلومة من زيت من راوية، فلما كال له صاحبها بعضَها انشقت الراوية وذهب ما فيها من الزيت، فإن البيع ينفسخ في الباقي في المثالين.

فإن أراد فسخ ذلك المبلغ من الثمن في سلعة أخرى، وجب أن تكون حاضرة مقبوضة؛ لئلا يكون فسخاً لدين في دين، وقد ثبت النهي عن بيع الكالئ بالكالئ. نص عليه في الموضع المذكور من «الموطأ».

وأما شراء لبن الغنم المعينة، في مدة معلومة من الزمن، فإنه جائز في الجملة أيضاً كما أسلفت، مكايلة أو جزافاً، إذا انضبط بما يمنع الجهالة فيه والغرر. ويقع في تفصيله على وجهين:

أحدهما: أن يشتري مكيلة معلومة مقسطة على الأيام، كعشرين لتراً لكل يوم مثلاً، في مدة معلومة كشهرين مثلاً. فهو جائز بثلاثة شروط؛ **أحدها**: أن يشرع في قبضه في مدة قريبة؛ لأنه شراء لعين معينة، فلا يجوز أن يتأخر قبضها. **والثاني**: أن لا يخرج الأجل عن إبّان اللبن. فإن اشترط أجلاً لا يبقى اللبن إلى مثله، لم يجز؛ لأنه يصير بيعاً للمعدوم على غير شروط السلَم. **والثالث**: أن يكون القسطُ المشترط لكل يوم، مما لا تقصر الغنمُ عن حِلاب مثله في الأغلب؛ للمعنى الذي ذكرناه في الشرط الثاني.

والوجه الثاني: أن يشتري جملة ما تحلبه الغنم كل يوم لمدة معلومة. فيجوز إذا شرع في القبض في مدة قريبة، وكانت المدة المشترطة في إبان اللبن لا تتجاوزه، وعُرف مقدارُ ما تحلبه في كل يوم، فلم يتفاوت. فبهذه الشروط يسلمُ المبيعُ من العدم والجهالة، فيجوز سواء عجَّل الثمن أو أجَّله. واختلفت =

....

= الرواية عن مالك إذا كان عدد الغنم شاة أو شاتين، هل يجوز شراء حلابها لمدة معلومة، اعتباراً للقليل بالكثير، وهي رواية أشهب، أو لا يجوز لأنها حينئذ غير مأمونة أن تبقى على صفتها من الحلاب إلى المدة المضروبة. وهي رواية ابن القاسم في «المدونة».

وبيع اللبن بالصفة المذكورة، من بيع المعدوم على غير شرط السلم، فإن اللبن لا يكون موجوداً حين العقد، بل يحدث شيئاً فشيئاً مع الأيام، وهذا يقتضي أن لا يكون جائزاً. غير أن علماءنا أجازوه لمعنى أقوى من المعنى الذي يقتضي بطلانه، وهو أن الله تعالى جده أجرى حكمته في خلقه بأن جعل بعضها يخلق خلقاً متلاحقاً متتابعاً، وجعل ذلك متناسباً مع حاجة الناس والبهائم، كاللبن في ضروع الأنعام، والماء في العيون والآبار، وبعض الثمار والبقول والخضار. فإذا اشترى الإنسان منها قدراً معلوماً يزيد على ما يخرج كل يوم، لم يمتنع إذا كان حدوثه متصلاً مأموناً حتى يصير كالموجود جملة حين العقد، ويصير قبض أقساطه اليومية كالاستيفاء بالمكايلة أو الموازنة، لمبلغ معلوم من صبرة طعام، أو راوية زيت، أو زق سمن أو عسل.

ويمكن حمله أيضاً على الإجارة على الرضاع، فإنها في حقيقتها شراء للبن الظئر قبل حدوثه، ثم يستوفيه الرضيعُ على حساب الأيام. والله أعلم.

الثاني: في عقد التوريد وما يشبهه:

يجوز أن يشتري الإنسان من أصحاب الأعمال الدائمة، كالخبازين واللبانين واللحامين، ما يحتاج إليه من الخبز أو اللبن أو اللحم أو غير ذلك، من غير أن يكون ما يشتريه معيناً ولا مقبوضاً في الحال، ومن غير أن يُشترط ضربُ أجل من آجال السلَم لقبضه، ولا تعجيلُ ثمنه. ويقع ذلك على وجهين:

أحدهما: أن يشتري مبلغاً معلوماً جملة بثمن معلوم، كقنطار بألف دينار، ثم يستوفيه على أقساط معلومة، ككيلو لكل يوم، إلى أن ينفد.

الثاني: أن يقع العقد على أن يأخذ في كل يوم مبلغاً معلوماً بثمن معلوم، ككيلو بدينار، إلى مدة معلومة أو بصفة دورية مستمرة، ويحاسبه =

فَصْلٌ
في وصف المسلم فيه

ويوصَفُ المسلَمُ فيه وصفاً نافياً للجهالةِ؛ بذكْرِ جنسِهِ، وصفاتِهِ التي تتعلَّقُ بها الرَّغباتُ وتتفاوتُ بها الأثمانُ في العرْفِ، كالصِّنفِ، واللَّونِ، والذُّكورةِ والأُنوثةِ في الحيوانِ، واللِّيونةِ والخُشونةِ في الثيابِ(١).

= بالثمن المجمل على رؤوس الشهور أو أنصافها أو أضعافها، كما في عقود توريد الطعام من الخبز واللحم واللبن وغيره، للمستشفيات والمدارس والملاجئ والثكنات العسكرية وغيرها.

فيجوز البيع في الوجهين، مع أنه ليس من بيوع الأعيان، ولا ينعقد على شروط السلم؛ لعمل أهل المدينة المتوارث على ذلك، حتى سميت بيعةَ أهل المدينة لاشتهارها بينهم. ففي كتاب التجارة إلى أرض الحرب من «المدونة»، عن مالك قال: وقد كان الناس يبتاعون اللحم بسعر معلوم، فيأخذ كل يوم وزناً معلوماً، والثمنُ إلى العطاء، فلم يَر الناسُ بذلك بأساً. قال مالك: ولقد حدثني عبد الرحمٰن بن المجبر عن سالم بن عبد الله قال: كنا نبتاع اللحمَ كذا وكذا رطلاً بدينار، يأخذ كل يوم كذا وكذا، والثمنُ إلى العطاء، فلم ير أحد ذلك ديناً بدين، ولم يروا به بأساً. اهـ.

(١) فأما بيان الجنس، فواضحٌ وجهُ اشتراطِه، فلا بد من بيان أن المسلم فيه حيوان، أو حب أو ثمر أو قماش أو سيارة أو جهاز إلكتروني... وأما بيان الصفات التي تتعلق بها الرغبة، ويختلف بها الثمن، فكثيرة يصعب حصرها؛ لأن مرجعها إلى نوع المبيع، وينظر في ذلك إلى عرف الناس ومقاصدهم، فرب صفات لها أهمية عند قوم ولا أهمية لها عند قوم، كاللحم مثلاً فإن ثمنه يختلف باختلاف أجزاء الحيوان في بعض البلاد، ويتساوى في بعضها. ونقل ابن شاس عن المازري أن ذلك يقتضي أن يكون واجباً على الفقيه مراعاة عوائد سكان البلد الذي يفتي أهله.

وتقوم دفاتر المواصفات ـ الكاتالوج ـ مقام الوصف في الأجهزة والأشياء المصنوعة بالآلات.

وإذا كان مِن المقدَّراتِ وجبَ تعيينُ قدْرِه[١].

وكلُّ الأمْوالِ المنقولةِ تقبَلُ السَّلَمَ، إذا وُصفتْ وصْفاً ضابطاً. فيجوزُ في المُقَدَّراتِ من المَكيلِ والمَوزونِ ونحوِهما، وسائرِ العُروضِ المُقوَّمةِ، والدوابِّ والأنعامِ والطيْرِ وسائرِ الحيوانِ[٢]،

---

(١) والمقصود **بالمقدرات**: المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات المتساوية والمتقاربة. والقدر الذي يشترط بيانه فيها، على نوعين:

الأول: بيان كمية المبيع جملة، بتسمية عدد من وحدات الكيل في المكيل كالحب، ومن وحدات الوزن في الموزون كالسَّمن والعسل، ومن وحدات القياس في المذروع كالثياب، وعدد الأفراد في المعدود كالبيض. ولا يجوز الجزاف في السلم؛ لأن من شرط البيع بالجزاف أن يكون المبيع مرئيّاً، وذلك يقتضي تعيينه.

الثاني: بيان وحدة الكيل والوزن والقياس، كاللتر والكيلوغرام والمتر. فإن كان العيار مجهولاً لم يصح. قال في «الشرح الصغير»: وفسد السلم بمعيار مجهول، كزِنَةِ هذا الحجر أو ملءِ هذا الوعاءِ. اهـ.

(٢) **الدواب**: الخيل والبغال والحمير. **والأنعام**: الإبل والبقر والغنم.

وثبت جواز السلم في الحيوان من حديث أبي رافع أنه قال: استسلف رسول الله ﷺ بَكْراً، فجاءته إبل من الصدقة؛ قال أبو رافع: فأمرني رسول الله ﷺ أن أقضي الرجل بَكْره، فقلت: لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعيّاً. فقال رسول الله ﷺ: «**أَعْطِهِ إِيَّاهُ، فَإِنَّ خِيَارَ النَّاسِ أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً**». أخرجه مالك ومسلم. **بكر**: جمل صغير فَتِي. **رباعي**: جمل كبير ابن ست سنين. ومثله حديث أبي هريرة في الجمل الذي كان لرجل على النبي ﷺ، فجاءه يتقاضاه. الحديث أخرجه البخاري وغيره. فدل الحديثان على جواز ثبوت الحيوان في الذمة، وإذا كان كذلك كان جائزاً أن يُسلَم فيه.

والسَّمكِ بأصنافهِ، واللَّحم بأصنافِهِ، واللبنِ، واللؤلؤِ. ويجوزُ في سائرِ الموادِّ المصنوعةِ صِنَاعَةً آلِيَةً لسهولةِ وصفِها.

ولا يجوزُ السَّلَمُ في العقاراتِ؛ من أبنيةٍ وأراضٍ وأشجارٍ وبساتينَ[١].

فَصْلٌ

في الأجل في السلم

ومن شَرْطِ السَّلَمِ أن يكونَ إلى أجلٍ معلومٍ للعاقديْنِ[٢]؛ بعددٍ

---

(١) لأن من ضرورة وصفها تعيين مكانها، فتتعين بذلك.

(٢) فلا يجوز السلم الحالُّ، وهو الذي لا يذكر فيه الأجل؛ لحديث: «**مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ، فَفِي كَيْلٍ مَعْلُوم، وَوَزْنٍ مَعْلُوم، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُوم**». وقد سبق أولَ الباب. ولا يجوز أن يكونَ الأجل مجهولاً لهما، أو لأحدهما؛ للحديث السابق، ولأن الجهالة تنافي الرضا، وتفضي إلى النزاع والغرر. قال أبو العباس القرطبي في «المفهم»:

وقال الشافعي: يجوز السَّلم الحالّ. وهذا الحديث حجة عليه، ولا سيما على رواية من رواه: «**مَنْ أَسْلَمَ فَلَا يُسْلِمْ إِلَّا فِي كَيْلٍ مَعْلُوم، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ**». وكذلك الحديث الذي قال فيه: نهى رسول الله ﷺ عن بيعِ ما ليس عندك، وأرخص في السَّلم؛ لأن السَّلم لما كان بيعَ معلومٍ في الذمة كان بيعَ غائبٍ، فإن لم يكن فيه أجل كان هو البيعَ المنهيَّ عنه. وإنما استثنى الشرعُ السَّلم من بيع ما ليس عندك؛ لأنه بيعٌ تدعو إليه ضرورة كل واحد من المتبايعين. فإن صاحب رأس المال محتاج أن يشتري الثمر، وصاحب الثمرة محتاج إلى ثمنها قبل إبَّانها لينفقه عليها. فظهر أن صفقة السَّلم من المصالح الحاجيَّة، وقد سَمَّاه الفقهاء بيع المحاويج. فإن جاز حالاًّ بطلت هذه الحكمة، وارتفعت هذه المصلحة، ولم يكن لاستثنائه من بيع ما ليس عندك فائدة. والله أعلم.

=

معلومٍ من الأيامِ، أو الأسابيعِ، أو بالشهورِ، أو بالمواسِمِ والمناسَباتِ العامَّةِ، كالعيديْنِ، والدخُولِ المدرسيِّ، ورأسِ السنةِ، ووقتِ حصادِ الزَّرعِ وجَنْيِ الثِّمارِ، والحرثِ، وبالمناسباتِ الأجنبيةِ المعروفةِ.

وإذا قال: أُسلِمُكَ إلى شهْرِ كذا، حلَّ الأجلُ بأولِهِ، وإذا قال: على أن تُقْبِضَنِي في شهرِ كذا، حلَّ بوسطِه، وإذا قال: إلى موسِمِ الحصادِ أو الجَنْيِ أو الحرْثِ، حلَّ الأجلُ في وقتِ عُظْمِه وكثرتِهِ؛ لا عند أوّلِهِ ولا عند آخرِه.

ولا حدَّ لأكثرِ الآجالِ، وأقلُّها مدّةٌ تتغيرُ في مثلِها الأسواقُ بالغلاءِ والرُّخصِ عادةً[1].

= • فرع:

ولا يجوز أن يكون الأجل مجهولاً لهما، أو لأحدهما؛ للحديث السابق، ولقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية. وقد سبق أنها نزلت في السلم، فدل ذلك على أن اشتراط الأجل وكونه معلوماً صفة من صفاته. ولأن الجهالة تنافي الرضا، وتفضي إلى النزاع والغرر.

(١) وهذا هو المشهور. وحدَّه ابن القاسم بنصف شهر إلى عشرين يوماً؛ تبعاً لعرف مصر في زمانه. وروى ابن وهب جواز أن يكون الأجل يومين أو ثلاثة، وروى ابن عبد الحكم جوازه إلى يوم أيضاً.

ووجه المشهور؛ أن السلم إنما شرع للتخفيف على المتبايعين ورفع الحرج عنهما، وكان الناس يسلفون في الثمار والطعام، وهي الأموال التي انعقد الإجماع على جواز السلم فيها على ما حكاه ابن المنذر. فإذا ثبت ذلك؛ فإن الطعام يختلف ثمنه، فيرخُص في إبَّانه ويغلو في غير إبَّانه، =

فَصْلٌ
في صفة عقد السلم

هو عقدٌ لازمٌ، إذا استوفى شروطَهُ، كسائرِ البيوعِ، إلا لخيارٍ فيه لأحدِهما أو كِلَيْهِمَا[1]. فيلزَمُ المُسلِمَ إقباضُ رأسِ المالِ معجَّلاً، ويكونُ المُسلَمُ فيه دَيناً لازماً مستقِرّاً في ذمّةِ المُسلَمِ إليهِ، فللدَّائنِ توثيقُهُ برهنٍ أو كفيلٍ، وكذا كتابتُه والإِشهادُ عليهِ.

فَصْلٌ
في بيع دين السلم

يجوزُ بيعُ ديْنِ السَّلَمِ، من المدينِ وغيرِه، بشَرْطِ أن يَخلوَ من

= ولا شك أن الثمن إذا كان سلفاً كان أقل مما لو كان نقداً، فكان في هذا تخفيف على المسلِف، بأن يشتري بدينار ما يساوي أربعة دنانير في غير إبَّانه وديناريْن في إبَّانه نقداً. وينتفع المستسلف في المقابل بتعجُّل رأس المال لينفق منه على نفسه وعياله في الوقت الذي ليس له إلا الثمار التي ينتظر بدو صلاحها ليبيعها. فدل هذا على أن الأجل مشروط في السلم لمعنى مناسب وهو هذا الذي ذكرناه، وذلك لا يحصل إلا في أجل تتغير في مثله الأسواق.

ووجه رواية ابن وهب: أن الشرع أطلق الأجل في طرفيه، كما أطلق في قدر المسلم فيه، فجاز تسمية أدنى ما ينطلق عليه اسم الأجل، فكفى في ذلك اليومان والثلاثة، ولم يجز في اليوم الواحد؛ لأنه في معنى السلم الحالِّ.

وأما رواية ابن عبد الحكم، فقد خرجها الشيوخ على جواز السلم الحالِّ، فيكون قولاً في المذهب كقول الشافعي.

(١) لكن لا تجاوز مدة الخيار ثلاثة أيام؛ لأن المبيع غير مقبوض، فلا يمكن تجربته، فيكون الخيار قاصراً على التروي بالثمن، وهو محدود بثلاثة أيام كما سبق.

بيعِ دَينٍ بدَينٍ، ومن بيعِ الطَّعامِ قبلَ قبضِهِ[1]. وكما يجوزُ بَيعُ دَينِ

(١) وقد سبق في البيوع المنهي عنها تفصيل حكم بيع الدين بالدين، وبيع الطعام قبل قبضه.

وبيع دين السلم قد يكون من المدين نفسه، وقد يكون من شخص أجنبي، على ما أوضِّحه في التفصيل الآتي:

أولاً: بيعه من المدين:

وبيع المسلم فيه من نفس المدين يعد فسخاً للدين. فإن كان في مثل رأس المال الذي بِيع به فهو إقالة، تجوز إذا تراضيا على رد رأس المال كاملاً، ولا تجوز على شرط النقصان منه أو الزيادة عليه. أما النقصان فلا يجوز قبل حلول الأجل؛ لأنه في معنى: «ضع وتعجل»، ويجوز بعده؛ لأنه تسامح من الدائن. وأما الزيادة عليه فلا تجوز مطلقاً؛ لأنها ربا كأنه أسلفه ألفاً وأخذ منه ألفاً وزيادة.

وأما إن كان الفسخ لدين السلم في غير رأس المال، فمقتضى الشرطين المذكورين، يوجب أن لا يكون المسلم فيه طعاماً كالحبوب والثمار والمواد الغذائية المختلفة؛ للنهي عن بيع الطعام قبل قبضه، وأن يكون المفسوخ فيه شيئاً معيناً مقبوضاً في الحال أو من فور الانفصال من المجلس؛ للنهي عن الكالئ بالكالئ. فإذا كان دين السلم حنطة مثلاً لم يجز للدائن أن يتصرف فيها إلا أن يقيله المدين منها، وإن كان عرضاً كالثياب أو حيواناً كشاة، جاز فسخ العرض في عرض يخالفه في الجنس والحيوان في حيوان يخالفه في الجنس، إذا كان ذلك معيناً مقبوضاً، وسواء كان ذلك قبل حلول الأجل أو بعده. نص على معنى ذلك في «الموطأ».

ودليل الجواز عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. مع عدم الدليل الدال على المنع، وأما حديث: «**مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ، فَلَا يَصْرِفْهُ إِلَى غَيْرِهِ**». أخرجه أبو داود وابن ماجه عن أبي سعيد، فهو ضعيف، فلا تقوم بمثله حجة.

=

السَّلَمِ، تجوزُ التّوليةُ له والشّركةُ فيه، ولو كان طعاماً لما في هذِهِ العقودِ من المعروفِ.

فَصْلٌ
في الاستصناع

الاستصناعُ(١): طلبُ صناعةِ شيءٍ من الملابسِ، والفُرُشِ، والمراكبِ، والأسلحَةِ، وغيرِ ذلكَ من الأشياءِ الاستعماليةِ.

فإذا كانتْ مادّةُ المصنوعِ من عندِ المستصنِع، فالصانعُ أجيرٌ في

= **ثانياً: بيعه من غير المدين:**

وأما بيع دين السلم من غير المدين، فيجوز بالنقود وغير النقود، وسواء كان الثمن مجانساً للمسلم فيه أم مخالفاً له، على شرط أن يكون العوض معيناً معجلاً قبضُه. قال مالك في «الموطأ»: وللمشتري (يعني: المسلِم) أن يبيع تلك السلعة (يعني المسلم فيها) من غير صاحبها الذي ابتاعها منه، بذهب أو ورق أو عرض من العروض، يقبض ذلك ولا يؤخره؛ لأنه إذا أخر ذلك قَبُح، ودخله ما يكره من الكالئ بالكالئ. والكالئ بالكالئ أن يبيع الرجل ديناً له على رجل بدين على رجل آخر. اهـ.

• **تنبيه:**

قول ابن قدامة في «المغني»: أما بيع المسلم فيه قبل قبضه، فلا نعلم في تحريمه خلافاً. فيه نظر؛ لأن المالكية يخالفون في ذلك، كما سلف صريحاً في نص «الموطأ». والله أعلم.

(١) **الاستصناع:** حالة خاصة من السلم في المنافع، والكلام عليه قليل في الفقه المالكي؛ لأنه لا يجوز إلا على شرط السلم، كما سيأتي.

وأرباب الصنائع: الحرفيون كالخياط والحائك والقصار، والحذاء، والنجار، والسروجي، والسيوفي، والصفار..

صنْعتِهِ، ويَصِحُّ الاستصناعُ على شُرُوطِ الإجارةِ[١]. وإذا كانتْ من عندِ المستصنَعِ، كان العقدُ سلماً فيها وفي العملِ[٢].

---

(١) وهي على نوعين: إما أن يكون المستصنَع عاملاً بنفسه، كالحرفيين والفنيين، فيكون إنجاز العمل مضموناً عليه في يده، ويكون الاستصناعُ إجارةَ عين. وإما أن يكون المستصنَع متقبِّلاً فقط، كالمتعهدين الذين يلتزمون إنجاز الأعمال دون اشتراط أن يقوموا بها بأنفسهم، فيكون إنجاز العمل مضموناً عليه في ذمته، ويكون الاستصناعُ إجارةَ ذمة، فلا بد من تعجيل الأجرة أو الشروع في العمل، حتى لا يؤول العقد إلى ابتداء دين بدين.

(٢) فلا يصح إلا بشروط السلم؛ من تحديد أجل لا يقل عن نصف شهر، وتعجيلِ الثمن، وكون المادة المستصنع منها غير معينة، وكون الصنعة غير متعينة في يد المستصنَع بل في ذمته. هذا مشهور المذهب.

والرأي عندي ـ والله أعلم ـ جوازه مطلقاً استحساناً للعمل والحاجة، سواء تعين الصانع والمصنوع منه، أم لم يتعينا، بحيث التزمهما المستصنَع في ذمته، وسواء كان لمثل آجال السلم أم لا، إلا أنه إذا كان المصنوع منه غير معين فلا بد من تعجيل الثمن، حتى لا يكون بيعاً لدين بدين.

أما العمل؛ فقد جرى به بين المسلمين من زمن السلف إلى اليوم، وهو يتضمن الإجماع على الجواز. وأما الحاجة؛ فإن بالناس إلى ذلك حاجة عامة ومستمرة تقتضي الجواز؛ خصوصاً في الأزمنة القديمة حيث كان يقل بيع الأشياء الجاهزة من الملابس وغيرها.

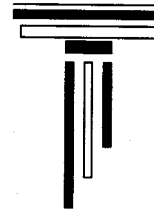
ويقال أيضاً: إن الأجل إنما اشترط في السلم لما بيناه من وجه المصلحة فيه، وليست موجودة في الاستصناع، فإن الصانع قد يشرع في العمل من ساعته وينهيه في يوم واحد، فما الفائدة في تأجيله إلى ما يزيد على نصف شهر؟. =

....

= وأما تعليلُ ابنِ القاسم المنعَ في «المدونة» بوقوع الغرر في تعين الصانع، فهو معارض بإجارة العين، فإن فيها غرراً بتعيين الأجير أو العين المستأجَرة، فلا يسلم من القدح. والله أعلم.

● **تتمة:**

من الاستصناع الذي استحسن علماؤنا جوازه من غير مراعاة شروط السلم استئجار بَنَّاء معين لبناء دار على أن يكون الجص والآجر على البَنَّاء. فقد روى ابن القاسم في «المدونة» جوازه عن مالك. وتكون مقاولات البناء على مقتضى هذا الفرع جائزة أيضاً، فإنها تلتزم عادة بالعمل مع ما يتطلبه من المواد، فالتعاقد معها على بناء دار، أو متجر، أو مخزن، أو مدرسة، يدخل في الاستصناع الذي استحسن علماؤنا جوازه، ما دام العمل المطلوب معلوماً قدراً وصفة وأجلاً. والله أعلم.

باب القرض(١)

يجوزُ اقتراضُ كُلِّ ما يجوزُ السَّلَمُ فيه من الأموالِ؛ المثليةِ وغيرِ المثليةِ، من النقودِ، والمكيلاتِ، والموزوناتِ، والمذروعاتِ، والحيوانِ(٢)، وغيرِ ذلك.

---

(١) **القرض** في اللغة: القطع، وفي الاصطلاح: قال ابن شاس: هو دفع المال على جهة القربة لينتفع به آخذه، ثم يتخير في رده؛ مثلَه أو عينه ما كان على صفته. اهـ. ويسمى نفس المال المدفوع على الوجه المذكور قرضاً، والدافع له مقرضاً، والآخذ مقترضاً أو مستقرضاً. ويسمى القرض سلفاً تسمية مشتركة بينه وبين السلم. وهو من عقود التبرع، وأدرج في المعاوضات لتناسب أحكامه مع أحكام السلم.

وهو جائز بدليل الكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب: فلقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ الآية [البقرة: ٢٨٢]. وجه الدليل منها: أنه لما أمر بكَتْب دين القرض وغيره، لزم من ذلك أن يكون أصله مشروعاً، فإن الحكم في تفصيل الشيء يستلزم الحكم بمشروعية أصله. **وأما السنة**: فلحديثي أبي رافع وأبي هريرة السابقين في باب السلم، فقد دلا على أن النبي ﷺ استقرض الإبل. **وأجمع العلماء** على جواز التعامل بالقرض. وورد في فضله أحاديث لا تصح، ويغني عنها عمومات القرآن والسنة الحاثة على فعل الخير وقضاء حاجة المسلم وتفريج كربته وسد فاقته.

(٢) إلا الجواري (المملوكات) فلا يجوز قرضهن للرجال من غير محارمهن؛ درءاً لذريعة إحلال الفروج بغير نكاح ولا ملك يمين. قال مالك =

ولا يصحُّ القرْضُ بشَرْطٍ فيه منفعةٌ لغيرِ المقترِضِ، كاشتراطِ زيادةٍ في بدلِهِ في قدْرٍ أو صفةٍ(١)، أو أن يُسكنَه دارَه أو يُعيرَه سيارتَه، أو ينتفعَ برهْنِه، وكأن يُسلفَهُ في بلدٍ ويَشترطَ عليه القضاءَ ببلدِه ليربحَ مؤْنةَ النَّقلِ، كالعملِ بالسفاتِجِ(٢).

= في «الموطأ»: الأمر المجتمع عليه عندنا: أن من استسلف شيئاً من الحيوان، بصفة وتحلية معلومة، فإنه لا بأس بذلك، وعليه أن يرد مثله، إلا ما كان من الولائد، فإنه يُخاف في ذلك الذريعة إلى إحلال ما لا يحل، فلا يصلح.اهـ.
الولائد: جمع وليدة، وهي الأمة.

(١) قال ابن المنذر: أجمعوا أن المسلف إذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية، فأسلف على ذلك، أن أخذ الزيادة على ذلك ربا.اهـ. وقال ابن عبد البر في «الكافي»: وكل زيادة في سلف أو منفعة ينتفع بها المسلف، فهي ربا ولو كانت قبضة من علف، وذلك حرام إن كان بشرط.اهـ. وذلك لأن القرض عقد تبرع شرع لأجل الإرفاق والقربة، فاشتراط الزيادة فيه تخرجه عن مقصوده.

فإذا اشترط زيادة في القدر، كقنطار في قنطار وربع، وألف دينار في ألف ومئة، أو زيادة في الصفة، كرديء في جيد، وهزيل في سمين، وقديم في جديد، فسد القرض، ووجب فسخ العقد واسترجاع عين المستقرض، فإن فات بشيء من الأسباب التي يفوت بها المبيع، وجب رد المثل في المثليات والقيمة في المقومات يوم القبض.

وتدخل الفوائد المضافة على قروض البنوك (الاعتمادات) في هذا الحكم، وكذا فوائد أرصدة الحسابات البنكية، وصناديق التوفير؛ لأن الأموال المودعة في حسابات البنوك لها حكم القرض.

(٢) **السفاتج:** جمع سفتَجة بفتح السين وضمها؛ وهي لفظة أعجمية معناها: وثيقة أو بطاقة يرسلها المقترض لوكيله في بلد معين، ليدفع لحاملها بموجبها بدل ما اقترضه في البلد الذي هو فيه. وإنما لم يجز العمل بالسفاتج =

ويلزمُ القَرضُ باللَّفظِ دونَ افتقارٍ إلى القبْضِ، كسائرِ عقودِ التَّبرعِ، فيثبتُ المِلكُ للمقترِضِ فيه من حينِ العقْدِ[١]، فإن كان معيَّناً

= وما في معناها؛ لأن المقرض ينتفع بالقرض؛ بحماية ماله من خطر الطريق وتوفير مؤنة النقل، حين يسلفه في بلد بعيد ويتقاضاه في بلده.

وهذا إنما يكون في مثل الطعام والعروض التي في نقلها مؤنة ويخاف عليها من خطر الطريق؛ أما النقود فلا يوجد فيها هذا المعنى، فيجوز اقتراضها في بلد على شرط قضائها في بلد آخر. ويختص المنع بما إذا لم يعم الخوف، وإلا جاز العمل بالسفاتج وما في معناها، بل يندب لما فيه من الصيانة للمال من الضياع.

● **فرع في عدم جواز هدية المدين للدائن:**

لا يجوز للدائن، أثناء قيام علاقة المداينة، أن يقبل من المدين بقرض أو سلم أو ثمن بيع، هدية إلا أن تكون معتادة بينهما قبل الدين؛ لما فيها من الذريعة إلى الانتفاع بالقرض فجرت مجرى الرشوة، والذريعة إلى الزيادة في الأجل في البيع والسلم، فجرت مجرى المعاوضة على الزيادة في الأجل.

ويؤيده حديث أبي بردة، قال: أتيت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام رضي الله عنه، فقال: ألا تجيء فأطعمك سويقاً وتمراً، وتدخل في بيتٍ؟ ثم قال: إنك بأرض الربا بها فاشٍ، إذا كان لك على رجل حق، فأهدى إليك حِمْل تِبْن أو حِمْل شعيرٍ أو حِمْلَ قَتٍّ، فلا تأخذه، فإنه رباً. أخرجه البخاري. **بيت**: يعني بيتاً عظيماً مشرفاً بدخول النبي ﷺ فيه. **فاشٍ**: ظاهر شائع. **قت**: نوع من علف الدواب.

(١) وتحصيل القول في هذه المسألة: أن عقود التبرع من القرض والهبة والصدقة والعارية، تلزم باللفظ كالبيع والإجارة؛ لعموم قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، مع انتفاء الدليل على اشتراط القبض في اللزوم، ولأن القبض يعد من التنفيذ لمقتضى العقد، فكان خارجاً عن حقيقته وشروطه، كقبض المبيع والثمن، وقبض الأجرة، والدخول بالزوجة، وقبضها مهرَها من الزوج. =

تعلَّق المِلكُ بعيْنِه، وإن كان غيرَ معيَّنٍ تعلَّق بذمَّةِ المقرِضِ، فيستحِقُّ المقترِضُ عليه التَّعيينَ والإقباضَ من حينِ العقْدِ. ويحِلُّ له التصرُّفُ به قبلَ القبْضِ، بالبيْعِ والهبةِ وحوالةِ دائنٍ عليهِ، ولو كان طعاماً(١).

ويثبتُ بدلُ القرْضِ في ذمَّةِ المقترِضِ، فلا يلزمُهُ ردُّ عيْنِه، ولا قيمتِهِ.

وإذا سمَّيَا أجلاً في القرْضِ، لزِمَ المقرِضَ، فلا تجوزُ له المطالبةُ قبلَ حلولِهِ(٢). وإذا حلَّ أجلُ القرْضِ، جازَ للمقرِضِ

= إذا اتضح هذا، فمن أقرض قرضاً أو وهب هبة، لزمه التنفيذ قبل القبض وبعده، ولم يجز له الرجوع، وقضي عليه بذلك للمقترض والموهوب منه، ويصير المقترض مالكاً للقرض ملكاً تامّاً لا يفتقر إلى حوز، بخلاف الموهوب منه ـ على ما يأتي في الهبة ـ فإن الملك فيه ناقص قبل القبض؛ لكونه يسقط بالموانع من مثل الموت والفلس.

(١) قال ابن عاصم:

والبيعُ للطعامِ قبل القبضِ ممتنعٌ ما لم يكن من قرضِ

فمن اقترض حنطة أو ثوباً أو حيواناً، جاز له بيعه وهبته قبل قبضه، أو كان مديناً لزيد بألف دينار جزائري، أو بعرض أو طعام، فاقترض من عمرٍو مثْل ما عليه من النقود أو العروض أو الطعام، وأحال زيداً عليه بقبضه واستيفاء دينه من ذلك، جاز؛ لأنه ليس من شرط جواز التصرف في الملك قبض المملوك.

(٢) وذلك أن المتقارضين إما أن يشترطا في القرض أجلاً مسمًّى يحُلُّ عنده الدَّين، وإما أن يسكتا عن ذلك.

فإن سكتا عن ذكر الأجل، كان بدل القرض ديناً حالّاً، يستحق المقرض فيه المطالبة بالقضاء في أي وقت شاء، إلا أنه ليس له أن يطالبه بذلك في وقت لم يكن قد تمكن فيه من الانتفاع بالقرض عادة؛ لأنه يكون إذ ذاك =

التصرُّفُ في البدلِ الثابتِ في ذمَّةِ المقترِضِ، ببيْعِه وهبتِه والحوالةِ عليهِ(١).

فَصْلٌ
في قضاء دين القرض

والدُّيُونُ تُقضَى بأمثالِها، فيلزَمُ المقترِضَ قضاءُ ما اقترَضَ بمثْلِهِ إن كان مِثليّاً، كالنُّقودِ والمكيلاتِ والموزوناتِ(٢)، فإن لم يكن له

= كالرجوع في القرض والفسخ له، وهو لا يجوز بغير رضا المقترض.

وإن اشترطا أجلاً، لزم المقرض، فلا تكون له المطالبة قبل حلوله، وكان الأجل حقّاً للمستقرِض، فله القضاء قبل الحلول.

وتقرير الدليل على لزوم الأجل في القرض أن يقال: إن الأجل صفة في الدين تبرع بها المقرض لمنفعة المقترض، فوجب أن تلزمه كالتبرع بمنفعة المال، ولأن المستقرِض قد لا يتمكن من الانتفاع بالقرض إلا إلى ذلك الأجل الذي سماه، فإذا استحق عليه الرد قبله بطلت فائدة القرض.

(١) والشرط في جواز بيعه أن لا يباع بما يبقى في الذمة، كالدين والعين التي يتأخر قبضها.

(٢) ويتحقق المثل بالمساوي لما في الذمة نوعاً وقدراً وصفة، كقنطار حنطة سمراء جيدة، تقضى بمثلها. وإذا جاز القضاء بالمثل فردُّ العين أولى، إذا لم تتغير عند المقترض، وإلا لم يلزم المقرض قبولها.

وأما القضاء بالقيمة فإن كان مشروطاً ابتداء لم يجز، كمن أقرض حيواناً واشترط رد قيمته. وإن لم يشترط فلا يلزم المقرض قبوله عند القضاء، وإن تغير السعر زيادة أو نقصاً، إلا أن ينعدم المثل، فمن أقرض شخصاً قنطاراً من الحنطة وهو يساوي يوم القرض ألف دينار جزائري، لزم المستقرض قنطار مثله، ولو كان يساوي يوم القضاء ثلاثة آلاف دينار. وإذا أقرضه ألف دينار، فليس عليه عند القضاء إلا مثلها، ولو كانت قيمتها بالنظر إلى الذهب والفضة =

مِثْلٌ كالعُروضِ المقوَّمةِ والحيوانِ، فبما يقاربُه في الصفاتِ من جنسِهِ.

ويجوزُ القضاءُ بأنقصَ في القَدْرِ، وأدْنَى في الصِّفاتِ، إذا رَضِيَ الدائِنُ في غيرِ مقابِلِ حطٍّ في الأجَلِ، وبأفضَلَ في الصِّفاتِ تبرُّعاً من المدينِ[1]. ويجوزُ اقتضاءُ الدَّنانيرِ الذَّهبيةِ من الدَّراهمِ

= يوم القضاء أقل من قيمتها يوم القرض، إلا إذا تغيرت العملة نفسها، فتتعين قيمة الدنانير يوم إلغاء العملة إن كان الدَّين حالّاً، وإلا فيوم يحل الأجل؛ لأن الدائن لا يستحق المطالبة قبل ذلك.

(١) فأما جواز القضاء بالأقل في القدر والأدنى في الصفة، فلأنه تجاوز من المقرض، فلم يكن به بأس إذا كان بعد حلول الأجل، وأما إذا كان قبل الحلول فلا يجوز؛ لأنه في معنى: «ضع وتعجل». قال ابن عبد البر في «الكافي»: وهو عند مالك وأكثر أهل العلم رباً.اهـ. يعني: أنه مثل قولهم في الجاهلية: إما أن تقضي وإما أن تربي؛ أي: تجعل الزيادة في الدين مقابل الزيادة في الأجل، وهو الربا الذي أجمع العلماء على تحريمه.

وأما جواز القضاء بالأفضل في الصفات كالأكبر والأسمن، والأجود، فلأنه من حسن القضاء، وقد قضى النبي ﷺ من جمل بكرٍ كان عليه جملاً خياراً رباعيّاً، وقال: «**إِنَّ خِيَارَ النَّاسِ أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً**». أخرجه مالك ومسلم وقد تقدم. واستسلف عبد الله بن عمر من رجل دراهم، ثم قضاه دراهم خيراً منها، فقال الرجل: يا أبا عبد الرحمٰن، هذه خير من دراهمي التي أسلفتك! فقال عبد الله: قد علمت، ولكن نفسي بذلك طيبة. أخرجه مالك، ثم قال بإِثْرِه: لا بأس بأن يقبض من أسلف شيئاً من الذهب أو الوَرِق أو الطعام أو الحيوان، ممن أسلفه ذلك، أفضلَ مما أسلفه، إذا لم يكن ذلك على شرطٍ منهما، أو عادة. فإن كان ذلك على شرطٍ، أو وَأْيٍ، أو عادة، فذلك مكروه ولا خير فيه.اهـ. **وَأْي**: مواعدة. =

....

=

• **فرع: في تبرع المدين بقضاء أكثر مما عليه:**

وأما تبرع المدين بقضاء أكثر مما عليه، كأن يكون لرجل على آخر ألف دينار فيقضيه ألفاً ومئة، أو يكون عليه قنطار فيقضيه قنطاراً وعُشراً، فإن كان أصل الدين غير قرض، مثل أن يكون ثمنَ مبيع، أو أجرة منافع، أو قيمة متلف، أو مهراً، أو بدل خلع، فذلك جائز بغير خلاف في المذهب. وإن كان أصله قرضاً، ولم تكن الزيادة مشروطة في العقد، ولا موعوداً بها، ولا معتادة بين الناس حتى جرت مجرى الشرط، فاختلف فيه، فأجازه أشهب، ومنعه ابن القاسم وروى المنع عن مالك في «المدونة». قال في أواخر كتاب الصرف منها: سألت مالكاً عن الرجل يستلف من الرجل مئة درهم، فيعطيه عند القضاء عشرين ومئة درهم، على غير موعد ولا شرط، أو يتسلف مئة إردبٍّ قمح، فلما أتاه ليقضيه قمحه، وحلّ أجله قضاه عشرين ومئة إردب مثل حنطته. قال مالك: لا يعجبني أن يقضيه فضْلَ عدد؛ لا في طعام ولا في ذهب عندما يقضيه، ولو كان ذلك بعد ذلك لم أَرَ بِهِ بأساً إذا لم يكن في ذلك عادة ولا موعود. اهـ.

فوجه قول ابن القاسم: أن في ذلك منعاً للذريعة إلى استباحة الزيادة بالشرط، فإن الناس قد يعتادون الزيادة في القضاء حتى يصير ذلك متعارفاً بينهم، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. فكان ذلك ريبة ينبغي تجنبها، وقد قال عمر رضي الله عنه: دعوا الربا والريبة. أخرجه ابن ماجه وأحمد بإسناد صحيح. ولأن الزيادة في القدر منفعةٌ كانت من أجل القرض، فوجب أن لا تجوز وإن لم تكن مشروطة في العقد، كهدية المديان. وفارقت الزيادة في الصفة؛ لثبوت النص بجوازها، ولأنها لا تنفك عن أصلها، ولأن في منع الأفضل مشقة على الغريم، فقد لا يجد المساويَ في الصفات، لا سيما في الحيوان والعروض غير المتماثلة.

ووجه قول أشهب: حديث أبي هريرة: «**إِنَّ خِيَارَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً**». أخرجه الشيخان بهذا اللفظ. ولأن هذه هبة غير مشروطة، ولا متعارفة بين المقرِض والمقترِض، فكانت كما لو استقلت عن مجلس القضاء وانفردت بنفسها.

=

الفضِّيةِ، والعكسُ، إذا حلَّ الأجلُ ونَجَزَ القبضُ[(١)]. وتجري كلُّ عُملةٍ نقديةٍ، كالدِّينارِ الجزائريِّ، مع عُملةٍ أخرى مُخالِفةٍ لها، كالريالِ السعوديِّ، مَجْرَى الذَّهبِ مع الفضَّةِ.

* * *

= وقول ابن القاسم هو المشهور الذي به الفتوى. وبقول أشهب قال عيسى بن دينار واختاره القاضي عبد الوهاب، وصححه اللخمي. والله أعلم.

(١) لأنه إذا لم يحل الأجل، أو لم يُقبض العوض في الحال، كان صرفاً مؤخراً.

ودليل جواز اقتضاء أحد النقدين من الآخر، حديث ابن عمر قال: قلت: يا رسول الله، إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذا من هذه، وأعطي هذه من هذا. فقال رسول الله ﷺ: «**لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسِعْرِ يَوْمِهَا، مَا لَمْ تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُمَا شَيْءٌ**». أخرجه أصحاب السنن وقد تقدم.





كتاب الإجارة والجعالة

أركانُ الإِجَارَةِ[١]: العاقِدانِ، والصِّيغةُ، والمعقودُ عليه.

---

(١) **الإجارة في اللغة**: على وزن فِعالة، وحُكي فيها ضم الفاء أيضاً، مأخوذة من أَجَرَ يأجُر ـ كيضرب وينصر ـ أجراً، وهو الجزاء على العمل والإثابة منه؛ قال تعالى: ﴿قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ [الكهف: ٧٧]. أي: لأخذت على إقامة الجدار جزاء وثواباً من صاحبه. ويأجُر اللهُ العبدَ المؤمنَ: يثيبه على العمل الصالح، والمستأجرُ الأجيرَ: يثيبه عوضاً عن منافعه.

والإجارة في الاصطلاح: تمليك منافع الأعيان بعوض. فهي نوع من البيع بمعناه العام الذي هو عبارة عن معاوضة المال بالمال. والمال نوعان: أعيانٌ ومنافعُ أعيانٍ. وإنما كانت المنافع أحد نوعي المال كالأعيان؛ لأن أحكام الأعيان تنسحب عليها، فيصح تمليكها في حال الحياة وبعد الموت، وتضمن بالإتلاف، ويكون عوضها عيناً وديناً.

● **تتمة لغوية وتنبيه**:

يقال: أَجَرْتُ نفسي آجُرها، إجارة. ولا يقال: أَجَّرْتها أُؤَجِّرها، بتشديد الجيم، ولا تأجيراً، وهو خطأ شائع. ويقال أيضاً: أَجَرْتُ غلامي آجُره، إجارة، وآجرتُه أؤاجره أو أواجره، مؤاجرة وإيجاراً. قال الشيخ خليل: وَيُكْرَهُ حُلِيٌّ، كَإِيجَارِ مُسْتَأْجِرٍ دَابَّةً أَوْ ثَوْباً لِمِثْلِهِ. يعني: يكره لصاحب الحلي إجارته لمن احتاج إليه، بل المستحب إعارته، ويكره لمن استأجر دابة أو ثوباً، أن يُؤْجرهما من غيره ممن هو مثله في الضرر على الدابة والثوب، أو أخف ضرراً. فإن كان أضر لم يجز، وكان ضامناً لما يصيبهما. =

....

= وبائع منافع نفسه يسمى أجيراً، وبائع منافع أملاكه يسمى مُؤْجِراً، ولا يقال: مُؤَجِّراً. ومشتريها يسمى مستأجراً.

وشاع في كتب علمائنا، في إجارة الدور والحوانيت والأرضين، والدواب والسفن وسائر وسائل النقل، استعمال الكراء بدلاً من الإجارة. تقول: أكريت داري أُكريها، فأنا مكريها ومكاريها، وهي مُكراة مني، واكتريتها من فلان واستكريتها وتكاريتها، فأنا مكتريها، وهي مكتراة لي. وتقول لمن أكريته دارك: هو مُكاريَّ، وللاثنين: هما مكاريَايَ، وللجماعة: هم مُكاريَّ.

والأصل في جواز الإجارة الكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وقوله: ﴿إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَـٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَـٰنِىَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧].

وأما السنة: فحديث عائشة في قصة الهجرة قالت: واستأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الديل هادياً خِرِّيتاً. الحديث. **خِرِّيت**: ماهر بالمسالك والطرق. وعن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: «**قَالَ اللهُ تَعَالَى: ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ؛ رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرّاً فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِهِ أَجْرَهُ**». أخرجهما البخاري. ودل الحديث على مشروعية الإجارة، وعلى الوعيد الشديد لمن يأكل حقوق الأجراء.

وأجمع العلماء على جوازها في كل عصر، إلا ما يحكى عن أبي بكر الأصم، وهو شاذ مخالف لإجماع من سبقه.

والقياس دال أيضاً على مشروعية الإجارة؛ فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، بل هي أشد، فليس كل إنسان بقادر على أن يسكن داراً يملكها، ولا بقادر على أن يسافر على سيارة يملكها، ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم ونقلهم تطوعاً، وكذلك يحتاج الناس إلى عمل أرباب الصنائع والحرف المختلفة، ولا يلزمهم أن يعملوا لهم تطوعاً، فوجب أن تجوز المعاوضة على المنافع، كجوازها على الأعيان.

والعاقِدانِ: المُؤْجِرُ لنفسِهِ أو مالِهِ، والمُستأجِرُ لِأَحَدِهما. وشَرْطُهما كشَرْطِ البائعِ والمُشتري(١).

والصِّيغةُ: كلُّ ما يَدلُّ على تَمْليكِ المَنْفَعَةِ بِعِوَضٍ(٢).

والمَعقودُ عليه: شيئانِ: المَنْفَعَةُ والأُجْرَةُ، وشَرْطُ كلٍّ منهما يتبيَّنُ مما يأتِي من التَّفصيلِ.

* * *

(١) فلا يملك عقد الإجارة إلا من يملك عقد البيع، وهو البالغ العاقل الرشيد الذي ليس عليه حجر، الطائع الذي ليس عليه إكراه. فمن أَجَر نفسه أو شيئاً من أمواله وهو بهذا الوصف، فإجارته صحيحة لازمة له.

ولا تصح من الصبي غير المميز، ولا المجنون ولا المعتوه؛ لعدم وجود العقل. وأما الصبي المميز، فإنه إذا أجر نفسه أو ماله، صحت إجارته لوجود التمييز، ووقفت على إجازة الولي لنقص الأهلية، فإن أجازها لزمت، وإن ردها بطلت. وكذا السفيه فيما يؤجره من أمواله، أما إذا أجر نفسه، فلا يملك وليه أن يرد الإجارة؛ لحاجته إلى ذلك، إلا أن يكون حابى في الأجرة؛ بأن أجر نفسه بمئة فيما مثله يساوي مئتين، فلوليه أن يفسخ العقد، إذا لم يرضَ المستأجر بأجرة العدل.

(٢) من قول أو فعل كالإشارة والكتابة والمعاطاة. والقولُ مثل: أن يقول أحد العاقدين للآخر: آجَرْتُك نفسي لأعمل كذا، أو أكريتك داري أو سيارتي، أو استأجرتك لتعمل كذا، أو اكتريت منك حانوتك، فيقول الآخر: قبلت، أو رضيت، أو وافقت.

وإذا عمل شخص لغيره عملاً بغير عقد سابق، إلا أن العرف جرى بأن مثله يأخذ عليه الأجرة، كتخليص دين من غريم، ونحو ذلك، وجب له أجر مثله على صاحب العمل؛ لأن العرف يجري مجرى الشرط في الأحكام.

باب شروط العوضين: المنفعة والأجرة

ويجوزُ عَقْدُ الإِجَارَةِ على كلِّ مَنْفَعَةٍ من مَنَافِعِ الإنسانِ والحيوانِ، والعَقَاراتِ، والمنقُولاتِ، إذا كانتْ: متقوَّمةً، مَعْلُومةً للعاقديْنِ، مَقدوراً على تسليمِها، غيرَ مُحرَّمةٍ في الشَّرعِ، يجوزُ لمالكِها بَذلُها بِعِوَضٍ، ولا يكونُ في استيفائِها استهلاكٌ للعَيْنِ المستأجَرَةِ قصْداً[١].

فلا تَصِحُّ الإِجَارَةُ في المَنَافِعِ التي لا تتقوَّمُ[٢]، ولا المجهولةِ

---

(١) لأن الإجارة معاوضة على منافع الأعيان، فلا تكون فيما تحصل منفعته باستهلاك عينه؛ وإلا خرجت عن موضوعها. فلا يجوز استئجار الأشجار لتحصيل ثمارها، ولا الغنم لتحصيل لبنها أو نسلها أو صوفها، لهذا المعنى ولما فيه من بيع المعدوم.

واستثني من ذلك إجارة المرضع للبنها للضرورة؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. ويستثنى من المنع أيضاً: إجارة فحول الغنم والإبل ونحوها، لتلقيح الإناث منها، فقد سبق في البيوع المنهي عنها أن علماءنا أجازوا إجارتها إذا انتفت الجهالة والغرر، بتعيين مدة معلومة يتأتى في مثلها التلقيح عادة، أو تعيين ضربات معلومة؛ لما في ذلك من حاجة صاحب الإناث إلى التلقيح، وقد لا يبذله صاحب الفحل إلا بعوض.

(٢) والمنافع المتقومة هي التي تكون مملوكة على وجه يمكن معه منعها، بأن تكون قابلة للإحراز، مع وَهَنِ العينِ المُؤجرة من أثر استيفائها. فالتشمس بالعراء منفعة لا تتقوم لعدم المِلْك، فليس لمالك الأرض أن يأخذ =

أو ما فيه غررٌ مِنها، ولا فيما يَعجَزُ المُؤجِرُ أو الأَجيرُ عن تسليمِهِ من المَنَافِعِ، حِسّاً أو بِحُكمِ الشَّرْعِ، كالمَفْقودِ والمَغصوبِ(١)، والحائِضِ لتنظيفِ مسْجدٍ، أو أَجنبيةٍ لخِدْمةِ رجُلٍ في بيْتٍ أو مكانٍ يخلُو بها فيه. وتَصِحُّ إجَارَةُ المَشاعِ، والعَيْنِ الغائبَةِ الموصوفَةِ أو المسبوقَةِ الرؤيةِ للمستأجِرِ في مُدَّةٍ لا تتغيَّرُ في مِثلِها عادةً(٢).

= على المتشمس أجراً. والاستظلال بالجدران المملوكة لأصحابها، وشم رياحين الأزهار المملوكة، منفعة لا تتقوم كذلك، من جهة كون أصحابها لا يمكنهم منعها، فليست قابلة للإحراز، ولأن الجدار لا يتأثر باستظلال الإنسان، وكذلك الأزهار لا تتأثر بالشم، بخلاف لبس الثوب وسكنى الدار.

(١) وأما العين المُؤجرة من سيارة أو أرض أو دار، فلا يجوز إجارتها إلا إذا انضاف العقد لوقت يلي انقضاء مدة الإجارة الأولى، إما على سبيل تجديد العقد للمستأجر الأول، وإما لمستأجر جديد، كمن له دار مكراة لسنة، فجدد العقد للمكتري، أو أكراها من غيره لسنة تليها. ولا يضر تأخر العقد عن الاستيفاء؛ لأنه ليس شرطاً في صحته. ويجوز تعجيل الأجرة؛ لأن العقد لازم ولو تأخر التنفيذ، إذا كان الغالب سلامة العين المكتراة إلى تمام المدة التي أضيف إليها الكراء الجديد.

(٢) أما إجارة المشاع، فتتصور في صورتين:

الأولى: أن تكون العين مملوكة لشخص واحد، فيؤجر بعضها كالنصف والثلث.

والثانية: أن تكون مشتركة بين اثنين فيؤجر أحدهما حصته للآخر أو لأجنبي. فتجوز في الصورتين؛ للقدرة على تسليم المنفعة لإمكان الاستيفاء بطريق المهايأة ـ أي: المناوبة ـ أو الانتفاع المشترك، كأن يسكن المستأجر بعض الدار بقدر حصته، ويسكن المالك باقيها.

وأما إجارة العين الغائبة، فجائزة بالقياس على بيعها؛ ويقال في ذلك: إن المنافع أحد نوعي المال، فجازت المعاوضة عليها حال غيابها، كالأعيان.

ولا تصِحُّ فيما أهْدرَ الشَّرْعُ قيمتَهُ من المَنَافِعِ، كالكِهانةِ والعِرافةِ والنِّياحةِ والغِناءِ المُحرَّمِ، ولا إجَارَةُ المَعازفِ(١). ولا فيما

---

(١) لعموم قوله ﷺ: «**إِنَّ اللهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئاً حَرَّمَ ثَمَنَهُ**». أخرجه ابن حبان في «صحيحه» عن ابن عباس، وتقدم في باب شروط المعقود عليه من كتاب البيوع. فتحريم المنفعة يقتضي تحريم المعاوضة عليها. ولنهي النبي ﷺ عن ثمن الكلب ومهر البغيِّ وحلوان الكاهن. متفق عليه من حديث أبي مسعود الأنصاري، وقد سبق في البيوع المنهي عنها. **ومهر البغي**: أجرة الزانية على زناها، **وحلوان الكاهن**: ما يعطاه على كهانته. قال في «فتح الباري»: وهو حرام بالإجماع؛ لما فيه من أخذ العوض على أمر باطل. وفي معناه التنجيم والضرب بالحصى، وغير ذلك مما يتعاناه العرافون من استطلاع الغيب.اهـ. وقال النووي في «شرح مسلم»: قال البغوي من أصحابنا والقاضي عياض: أجمع المسلمون على تحريم حلوان الكاهن؛ لأنه عوض عن محرم، ولأنه أكل المال بالباطل. وكذلك أجمعوا على تحريم أجرة المغنية للغناء، والنائحة للنوح.اهـ. ونحوه في «إكمال الإكمال» للأُبِّي.

وأما المعازف، وهي آلات الطرب، فقد ورد النهي عن استعمالها بما رواه أبو عامر أو أبو مالك الأشعري، أنه سمع النبي ﷺ يقول: «**لَيَكُونَنَّ مِنْ أُمَّتِي أَقْوَامٌ، يَسْتَحِلُّونَ الْحِرَ، وَالْحَرِيرَ، وَالْخَمْرَ، وَالْمَعَازِفَ**». أخرجه البخاري. **الحِر**: الفَرْج. وإذا حرم استعمال المعازف حرمت إجارتها؛ لأن معنى الإجارة بذل المنفعة بعوض.

وفي المذهب خلاف في حرمة المعازف وكراهتها في الأعراس، فتكون إجارتها فيها مكروهة على القول بالكراهة. والراجح على ما في «الشرح الكبير»: أنه لا يباح من الملاهي في العرس، إلا الدف، والكَبَر وهو طبل كبير مدور مجلد من وجهيه. ومع ذلك فإجارتهما مكروهة. وأما ما سواهما من العود والرباب والسنطير والكمنجة وغير ذلك، فلا تباح بحال ولا تجوز إجارتها بحال.

لا يملِكُ الإنسانُ بَذْلَه من مَنَافِعِه، كأبْضاعِ النِّساءِ، وسائرِ وجوهِ الاستمتاعِ الجِنسيِّ، فإنه لا يحِلُّ إلَّا بطريقِ النِّكاحِ أو المِلْكِ(١).

وفي الجملةِ: كلُّ عَيْنٍ لها مَنْفَعَةٌ يجوزُ تناولُها بغيرِ أُجْرَةٍ، فإجَارَتُها لِأَجْلِ تلكَ المَنْفَعَةِ جائزَةٌ، كحفْرِ الآبارِ والأنهارِ والأقْنِيةِ، والبِناءِ، وتطيينِ الجُدرانِ والسُّقُوفِ، والنَّسخِ الإلِكْترونيِّ والطباعةِ، والحرْثِ والحصادِ، والتوكيلِ في استيفاءِ قصاصٍ في نفسٍ أو عُضوٍ، واستئجارِ المرْأَةِ لإرْضاعِ صبِيٍّ(٢).

---

(١) لقول تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٦]. فحرم على الرجل الاستمتاع بالنساء، إلا من زوجة يملك عليها بضعها بالنكاح، أو أمة يملكه عليها بملكه لرقبتها. ثم أكد التحريم بقوله: ﴿فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ [المؤمنون: ٧]. ويدخل نكاح المتعة في هذا المعنى؛ إذ ليست المرأة المستمتع بها من أحد القسمين، وإنما هو إجارة؛ لما فيه من بذل المرأة بُضعَها لمدة معلومة بأجرة معلومة.

ومما لا يملك الإنسان بذله من منافعه بعوض: الرحم، فليس للمرأة أن تُؤْجِر رحمها لزرع بييضة مخصبة من امرأة أخرى.

(٢) لما تقدم من قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. وللإجماع، فقد قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن للرجل أن يستأجر أمه، أو أخته، أو ابنته، أو خالته، لرضاع ولده. اهـ.

وليس للزوجة أن تؤاجر نفسها في الرضاع من غير إذن زوجها؛ لحقه عليها في ذلك، فإن فعلت كان له فسخ العقد، وإن أذن لم يكن له الفسخ بعد ذلك؛ لأن الإجارة عقد لازم، وقد دخلت فيها بإذنه.

وليس له وطؤها في مدة الإجارة، لما فيه من الضرر على الرضيع. =

ويُكرَه للمُسلمِ أن يُؤاجِرَ نفسَهُ من كافرٍ، إذا كان يعملُ تحتَ سلطانِهِ، كمتجْرِه ومصْنعِه ومزْرعتِه، فإن استبَدَّ المسْلمُ بالعملِ جازَ مِن غيرِ كراهةٍ، كتقَبُّلِ الأعمالِ والصَّنائعِ ليعْملَها المُسْلمُ في مصْنعِه أو محلِّه الخاصِّ(١).

فَصْلٌ
في معلومية المنفعة

ولا تَصِحُّ الإِجَارَةُ إلَّا في مَنْفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ(٢) في جنسِها،

= وإذا حملت جاز لأهل الرضيع فسخ العقد؛ لأن الحمل مظنة تضرر الولد بنقص اللبن عليه.

(١) ولا يجوز بحال أن يعمل المسلم أجيراً للكافر، فيما يحرم على المسلم، كعصر الخمر وبيعها، ورعي الخنازير وتربيتها؛ لأن ذلك حرام في ديننا، ولا اعتبار بما يعتقدون من حليته في دينهم.

ووجه الكراهة في إجارة المسلم نفسه من الكافر، إذا كان يعمل تحت أمره، أن في ذلك نوعَ ولايةٍ وتسلطٍ عليه. ووجه الجواز في غير ذلك من الأحوال، الأصلُ الدال على جواز الإجارة، مع انتفاء المانع. وحكى ابن قدامة في «المغني» الإجماع عليه. وقال الزين بن المنير: استقرت المذاهب على أن الصناع في حوانيتهم، يجوز لهم العمل لأهل الذمة، ولا يعد ذلك من الذلة، بخلاف أن يخدمه في منزله، وبطريق التبعية له.اهـ. نقله الحافظ في «فتح الباري» في شرح باب: هل يؤاجر الرجل نفسه من مشرك، من كتاب الإجارة.

(٢) قال ابن عبد البر في «الكافي»: ولا تجوز الإجارة ولا الكراء بالمجهول الذي يَقِلُّ مرة ويكثر أخرى، ولا في العمل غير المعلوم، ولا إلى مدة غير معلومة.اهـ. ومثال ما في منفعته غرر أن تكون آلة الحصاد أو الخياطة ونحوهما، تعمل أحياناً وتعطل أحياناً أخرى، فلا يجوز إجارتها بهذه الحال.

كالرُّكوبِ والحمْلِ والسُّكنى والتَّعليمِ والحراسَةِ، وفي قدْرِها.

وللعلْمِ بقدْرِ المَنْفَعَةِ طريقانِ: **أحدُهما**: أن تكونَ على عمَلٍ مَعْلُومٍ، كبِناءِ حائطٍ، وخِياطةِ ثوبٍ، وحمْلِ شخْصٍ أو متاعٍ إلى موضعٍ مُعَيَّنٍ. **والثاني**: أن تكونَ على مُدَّةٍ مَعْلُومةٍ بوحدَاتِ الزَّمنِ، كالسَّاعاتِ والأيَّامِ والأسابيعِ والشُّهورِ والسنينَ.

ومتى ضُبطَ قَدْرُ المَنْفَعَةِ بأحدِ الطَّريقيْنِ، امتنعَ ضبطُه بالطَّريقِ الثاني، على المَذْهبِ[1].

---

(١) كما إذا قال له: خِطْ لي هذا الثوب، أو احصد هذا الزرع في يوم، أو ابن لي هذا البيت في ثلاثة أيام، فإنه لا يجوز، على ما حكاه ابن رشد عن المذهب؛ لما في ذلك من الغرر؛ لاحتمال أن تكون المدة أضيق من العمل أو أوسع منه. فإن كانت أضيق كان الأجير فيما زاد عليها لأجل إتمام العمل، عاملاً في غير ما يلزمه من الزمن. وإن كانت أوسع، كان الأجير فيما بقي من المدة بعد تمام العمل، تاركاً لما يلزمه من العمل. وهذا غرر أمكن التحرز عنه، بترك أحد القيدين من العمل أو الزمن، فوجب أن لا يجوز العقد مع وجوده.

وهذا الذي ذكرناه ينطبق على الحالة التي يعلم فيها أن الزمن لا يتسع للعمل، بغير خلاف في المذهب، وأما إذا علم أنه يتسع له من غير زيادة، فحكى ابن رشد في «البيان والتحصيل» أنه لا يجوز اتفاقاً. وقال ابن عبد السلام في شرح «مختصر ابن الحاجب»: فيه قولان مشهوران، بالجواز وعدمه. وأما إذا كان الزمن أوسع من العمل، فلا يجوز أيضاً على المشهور في قول ابن رشد. وقال ابن عبد السلام: يجوز باتفاق.

وعلى هذا، لا يجوز أن يستأجر الرجل أجيراً لعمل معين، على أن لا يقل إنجازه اليومي عن قدر معلوم، إلا إذا كانت المدة تحتمله بِسَعَة، فيجوز على مقتضى نقل أحد القولين في المذهب. وكذا لا يجوز ما يشترط في عقود =

وإذا قُدِّرتِ المَنْفَعَةُ بالزّمنِ، فلذلك ثلاثةُ أوجهٍ:

أحدُها: أن تُقدَّرَ بمُدَّةٍ مَعْلُومةٍ مُعَيَّنةٍ، مِثلُ أن يستأجِرَ منه دارَه لمُدَّةِ سنةٍ أو سنتيْنِ، أوَّلُها يومُ كذا. فيلزَمُ المستأجِرَ رفْعُ يدِهِ عندَ انقضائِها، ولوْ لم يَستوفِ المَنْفَعَةَ[1]. وسواءٌ كانتِ المُدَّةُ موحَّدةً، أو مقسَّمةً إلى حصصٍ كثلاثينَ شهْراً، كلُّ شهرٍ بكذا.

والثاني: أن تكونَ المُدَّةُ المَعْلُومةُ غيرَ مُعَيَّنةٍ، كأن يستأجِرَ منه سيارتَه لشهْرٍ أو سنةٍ، ولا يبيِّنُ وقتَ البدايةِ، فيجوزُ وتكونُ من حينِ العَقْدِ[2].

والثالث: أن تُقدَّرَ بحصصٍ مَعْلُومةٍ من الزَّمنِ، كأن يستأجِرَ منه حانوتَه مشاهَرَةً، كلُّ شهرٍ بكذا، من غيرِ تحديدِ أمدٍ تَنْتَهِي عنده الإِجَارَةُ. فيجوزُ، ويكونُ لكلٍّ منهما فسخُ العَقْدِ متى شاءَ، إلَّا فيما دفَعَ المستأجِرُ أُجْرَتَه من المُدِدِ، فيلزمُه بقدْرِ ما دفَعَ[3].

= مقاولات الأشغال العامة والبناء ونحو ذلك، من إنجاز العمل في مدة معلومة، إلا أن تكون أوسع مما يحتاج إليه العمل. والله أعلم.

(١) لأن المنفعة المقيدة بزمن معين، تفوت بفواته.

(٢) لأن المدة معلومة في الجملة، ويرجع في تعيينها إلى العرف حيث لا يوجد شرط بين المتعاقدين، والعرف جارٍ بين الناس في البيوع والإجارات والمعاملات، أنهم إذا أطلقوا الأجل، كان حسابه من وقت العقد.

(٣) وهذا قول ابن القاسم في «المدونة». وروى ابن حبيب في «الواضحة» عن مطرف وابن الماجشون: يلزم كراء الشهر الأول في كراء المشاهرة مثلاً، ولا يلزم الباقي.

وإنما جازت الإجارة مع جهالة المنفعة في طرف النهاية؛ لأن ذلك ليس جهالة في قدرها، وإنما هو تخيير للمستأجر أن يقبض منها ما شاء، على =

وليس لمُدَّةِ الإِجَارَةِ حدٌّ أَقْصى لا يجوزُ تجاوزُه، بلْ يجوزُ إِجَارَةُ العَيْنِ المُدَّةَ التي تبْقى فيها غالباً وإن طالتْ، كعشرينَ سنةً أو ثلاثينَ في الدُّورِ، وخمسينَ سنةً في الأراضِي، بأُجْرَةٍ مجْملةٍ أو مقسَّطةٍ.

فَصْلٌ
في شرط الأجرة

والأُجْرَةُ كالثَّمنِ، فكلُّ ما جاز ثمناً في البيعِ جازَ أُجْرَةً في الإِجَارَةِ[1].

ويجوزُ أن تكونَ من جميعِ أنواعِ المَالِ؛ من الأعْيانِ كالنُّقودِ والعُروضِ، والطَّعامِ والحيوانِ والعقارِ، ومن المَنَافِعِ كالسُّكنى

= حساب كل شهر بكذا مثلاً، فيكون كقوله: أبيعك من هذه الصبرة ما شئت، كل كيلو بكذا، فهو جائز، فكذلك الإجارة؛ لأنها بيع للمنافع.

فإذا ثبت هذا، فوجه قول ابن القاسم: أن العقد لم يتناول مدة معينة، حتى تلزم بموجبه، وإنما تناول بيان أجرة كل شهر، فكأنه قال له: إذا أردت أن تستأجر فكل شهر بدينار، ولذلك لزم المستأجر من الشهور ما دفع أجرته؛ لأنه يكون بذلك قد رضي بالمدة المقابلة لما دفع، دون ما زاد عليها. ووجه قول الأخوين: أن الإجارة لما كانت لازمة في الجملة، وكان الشهر أقل مدة يتناولها العقد، وجب أن يكون لازماً فيه.

(١) وكذلك المبيع. وهذا معنى قول مالك في كتاب الجعل والإجارة من «المدونة»: كل ما جاز لك أن تبيعه، فلا بأس أن تستأجر به، وما لا يجوز لك أن تبيعه، فلا يجوز لك أن تستأجر به.اهـ. فلا يصحُّ أجرةً إلا ما كان طاهراً منتفعاً به، مقدوراً على تسليمه، غير منهي عنه شرعاً، معلوماً في عينه وأجله إن كان مؤجلاً.

والخِدْمةِ والرُّكوبِ[(١)]، إلَّا في الأراضِي الزِّراعيةِ، فلا يجوزُ إجَارَتُها بشيئَيْنِ؛ **أحدُهما**: كلُّ ما تُنبتُه، مما يَطْعمُه الإنسانُ كالبُرِّ والحمُّصِ، ومن غيرِه كالقُطنِ والكتَّانِ، والعُصفرِ والزَّعفرانِ. **والثاني**: الطَّعامُ؛ كالحُبوبِ والثِّمارِ، والسَّمنِ والعسلِ والسُّكرِ[(٢)].

ولا تَصِحُّ الإجَارَةُ إلَّا أن تكونَ الأُجْرَةُ مَعْلُومةً[(٣)]. وللعِلْمِ بها

---

(١) وسواء كانت من جنس المنفعة المعقود عليها، كأن يكريك أرضه بمنفعة أرضك، أو من غير جنسها، كأن تكريه دارك بعمل يقوم به لك، فذلك جائز؛ لأنه لما جاز بيع المنفعة في الأصل جاز جعلها عوضاً لمنفعة أخرى، إذ لا فرق بينهما، كالمقايضة بين الأعيان.

(٢) ودليل المنع من كراء الأرض بالطعام، حديث رافع بن خديج؛ قال: كنا نحاقل على عهد رسول الله ﷺ، فنكريها ـ يعني الأرض ـ بالثلث والربع والطعام المسمى، فجاءنا ذات يوم رجل من عمومتي، فقال: نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، وطواعية الله ورسوله أنفع لنا. نهانا أن نحاقل بالأرض؛ فنكريها على الثلث والربع والطعام المسمى. وأمر رب الأرض أن يَزرعها أو يُزرعها، وكره كراءها وما سوى ذلك. أخرجه مسلم. **نحاقل**: ندفع الأرض لمن يزرعها على جزء من المحصول. **الطعام المسمى**: مقدار معلوم منه، كإردب من التمر أو القمح أو نحو ذلك. وهو يشمل بعمومه ما لا تنبته الأرض كالعسل والسمن. وسيأتي مزيد بيان لهذا الحكم في كتاب الشركة.

(٣) لأن الأجرة ثمن المنفعة، فوجب أن تكون معلومة كثمن العين في البيع، قال ابن قدامة في «المغني»: ولا نعلم في ذلك خلافاً.

إذا ثبت هذا، فمن جهالة الأجرة أن يستأجر أجيراً ليخيط له ثوباً، أو يخرز جلداً، أو ينسخ كتاباً، ونحو ذلك، على أنه إن أتمه اليوم فله ديناران، وإن أتمه غداً فله دينار؛ لأنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير، فلم يصح كبيعتين في بيعة.

طريقانِ؛ **أحدُهما**: أن يشترِطَ أحدُ العاقديْنِ أُجْرَةً يُسمِّيها، فيتراضيانِ عليها. **والآخَرُ**: أن لا يتراضَيا على شيْءٍ يُسمِّيانِه، إلَّا أن العُرفَ في مثلِ تلكَ الإِجَارَةِ مستقِرٌّ بأُجْرَةٍ مَعْلُومةٍ لمَنْفَعَةٍ مَعْلُومةٍ. فإن لم يكنْ شَرْطٌ متَّفقٌ عليه، ولا عُرفٌ يُرجعُ إليه، فسدتِ الإِجَارَةُ للجهالةِ.

ويجوزُ للإنسانِ أن يستأجِرَ الأجيرَ، كالظِّئْرِ والحَارِسِ والرَّاعِي، بطعامِهِ وكسوتِهِ، ويكونُ لهُ ما يكونُ لمِثْلِه من الوَسطِ من ذلك(١).

---

(١) ولا فرق بين أن يكون طعامُ الأجير وكسوته تمامَ أجرته، وبين أن يشترط ذلك زيادة على دراهم معلومةٍ، كألف درهم لكل شهر.

أما الظئر فدليل جواز إجارتها بطعامها وكسوتها، قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ إلى قوله: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۚ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. فأوجب للوالدات المرضعات الطعام والكسوة على الرضاع، وَرَدَّ تقدير ذلك إلى المتعارف بين الناس. ولم تفرق الآية بين المطلقة والباقية في حكم الزوجية، بل لا يمتنع أن تكون مقصورة على المطلقات؛ لقوله تعالى بعد ذلك: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَۗ﴾. والوارث ليس بزوج. ولأن الزوجة يجب طعامها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع.

ولأن المنفعة في الحضانة والرضاع، غير معلومة بل تتقدر بحاجة الصبي، فجاز أن يكون عوضها كذلك.

فإذا ثبت هذا في الظئر، فغيرُها مثلُها بالقياس عليها؛ لأن طعام الإنسان وكسوته أمر معلوم، لا يكاد يتفاوت إلا تفاوتاً يتسامح به الناس عادة، فجاز أن يكون عوضاً في الإجارة، كما لو كان طعاماً وكسوة معلومين موصوفين بما يوصف به المُسْلَمُ فيه.

فإن قيل: لا يُؤمن أن لا يرضى الأجير بما يعطيه المستأجر، ويكون ذلك نزاعاً أفضت إليه جهالة أمكن صيانة العقد عنها. فالجواب: أنَّا اشترطنا أنهما إذا تشاحا، قضي بينهما بالوسط من الطعام والكسوة في الصفة والقدر. =

فَصْلٌ

في جعل الأجرة جزءاً معلوماً من عين ما استُؤجر له

ولا يمتنعُ أن تكونَ الأُجْرَةُ جزءاً مما استُؤجِرَ له، كَحَصَادِ الزَّرعِ ببعضِهِ، كالثُّلثِ والرُّبعِ(١)، إلَّا أن يشتملَ على غرَرٍ أو جهالةٍ،

= ● فرع:

ويتفرع على ما تقدم جواز إجارة الدابة بعلفها، أو بدراهم معلومة لربها مع علفها، خلافاً لما حكاه ابن قدامة من نفي العلم بالخلاف في عدم جواز ذلك، معللاً بالجهالة وانتفاء عرف يرجع إليه في ذلك. ودليلنا: أن علف الدابة معروف في صفته وقدره، لا يكاد يتفاوت في العادة، بل هو أكثر انضباطاً من طعام الآدمي وكسوته؛ لأن العلف يكون من شيء واحد كالشعير والشوفان والنخالة، بخلاف الطعام والثياب.

ويجوز أيضاً لمستأجر الدابة اشتراطُ طعامه على ربها في مدة الإجارة، فتكون الأجرةُ عوضاً عن منافع الدابة وطعامِ مُكتريها، وهذا بيع وإجارة، ولا يمتنع اجتماعهما. وكذلك يجوز لربها اشتراطُ طعامه على المستأجر، فيكون كإجارة نفسه بدراهم معلومة مع اشتراط طعامه. ويرجع إلى العرف من صفة الطعام، والوسط من قدره.

(١) للعلم بالأجرة والعمل المستأجر عليه. أما العمل فواضح؛ وأما الأجرة؛ فيوضحها أن الزرع القائم في حقله، مرئي مقدور على حزره، فيجوز بيعه جزافاً للعلم بجملته. وإذا عُلمت الجملة عُلمت أجزاؤها، كالثلث والربع، فجاز جعلها عوضاً لحصاد الجميع. فإن قيل: إن الأجير يعمل لنفسه من وجهٍ، في حصاد الجزء الذي يكون له، فكان المعقود عليه معقوداً به، فلم يجز. قيل: الجزء الذي جعل أجرة لا يملك بالعقد، بل بتمام العمل، فكان حين الحصاد على ملك رب الزرع، فبطل أن يكون الأجير عاملاً لنفسه من وجهٍ.

وما يقال في حصاد الزرع، يقال في جداد النخل، ولقط الزيتون. =

كسلْخِ الشاةِ بجلدِها أو ببعضِ لحمِها، وطحنِ الحِنطةِ بنُخالتِها، وعَصرِ الزَّيتونِ أو السِّمسمِ ببعضِ زيتِه، ودرْسِ الزَّرعِ أو حَصْدِه مع درْسِه ببعضِه، ونسجِ الثَّوبِ ببعضِه، ودبغِ الجلدِ ببعضِه(١).

= وليس لأحدهما الترك بعد العقد إلا بالتراضي؛ لأنها إجارة وهي لازمة. أما لو آجره على أن له من كل ما حصد من زرع، أو لقط من زيتون، أو جد من نخيل، جزءاً معلوماً، كثلثه أو ربعه، فذلك جائز أيضاً؛ لأن العمل وعوضه معلومان، وكان العقد جعالة، فلكل منهما الترك متى شاء، مثل أن يقول له: أبيعك من هذه الصبرة على حساب الصاع بدينار، فله أن يكتال منها ما يشاء، ويترك ما يشاء، ولا يلزمه إلا ما اكتاله، بخلاف ما لو اشتراها جملة.

وأما لو قال له: احصد اليوم، أو جد، أو التقط، فما اجتمع لك، فلك ثلثه، لم يجز؛ للجهالة. يبينه: أنه لما ضرب لعمله أجلاً وهو اليوم، كان العمل متقدَّراً معلوماً بذلك الأجل، وما يحصده أو يَجُدُّه أو يلتقطه، مجهول، فكان جزؤه مجهولاً كجملته، فلم يجز.

(١) ولإيضاح وجه الجهالة في هذه الإجارات أقول:

أما سلخ الشاة بما ذكر، فلأنه لا يعلم هل يخرج الجلد سليماً أو معيباً، وهل يخرج ثخيناً أو رقيقاً، وكذلك اللحم لا يعلم الصفة التي يخرج عليها. ولهذا المعنى لا يجوز بيع الشاة واستثناء جلدها، أو استثناء وزنٍ معلوم من لحمها، كثلاثة أرطال. وكذلك يقال في نسج الثياب ودبغ الجلود؛ إنها مجهولة الصفة التي تخرج عليها. وأما طحن القمح أو الشعير بنخالته، فللجهل بقدر النخالة، فلو سمى له قدراً معلوماً منها كصاع، جاز على الأصح.

وأما عصر الزيتون والسمسم ببعض زيته، فللجهل بقدر الزيت الخارج وصفته. ولا يجوز بيع الزيتون أو السمسم لأصحاب المعاصر، ببدل مقوم من زيت غيره، لما فيه من معنى المزابنة؛ لأنه بيع لرطب بيابس من جنسه، ولأن القدر الخارج من الحب، قد يساوي القدر المدفوع لصاحبه وقد يخالفه، وهذا معنى المزابنة. =

....

= وأما درس الزرع أو حصده مع درسه، ببعضه؛ فلأن الأجرة هي الحب، وهو لا يجوز بيعه بحاله؛ لأنه بيع جزاف لم يعاين جملته لغيابه في سنبله، فلم يجز جعل بعضه أجرة للعمل في الباقي.

● فرع:

لو استأجر الطحان ليطحن له قمحاً، بجزء من الطحين الخارج، ففيه قولان في المذهب.

فوجه الجواز وهو الأصح: الأصلُ مع انتفاء المانع من الغرر والجهالة؛ فإن الجزء المسمى من الطحين معلوم في قدره وصفته عند العقد. أما القدر؛ فإن قدر القمح متى كان معلوماً، كان ما يخرج من طحينه معلوماً أيضاً؛ لأن الطحن تفريق لأجزائه، وذلك لا ينقص منه، فكان معلوماً وإن نقصت مكيلته عن مكيلة الحب. وهذا بخلاف النخالة؛ فإنها قد تقل وقد تكثر، ولهذا لم يجز الاستئجار بجملتها أو بجزء شائع منها. قال بهرام في «الشامل»: وَجَازَ طَحْنٌ بِجُزْءٍ مِنْ دَقِيقِهِ، عَلَى الْأَصَحِّ، لَا بِالنُّخَالَةِ.اهـ. وأما الصفة التي يخرج عليها الطحين؛ فمعروفة أيضاً قبل الطحن لا تكاد تختلف، فلذلك إذا قال: بعني من دقيق حنطتك هذه صاعاً بكذا، أو بعني دقيقَها كُلَّ صاع بكذا، فهو جائز على ما في كتاب الجعل والإجارة من «المدونة». فلما كانت الحنطة المعلومة في قدرها وصفتها، معلوماً كم يخرج من طحينها وكيف يخرج، جاز أن يُجعل جزء منه أجرة لطحنها، كحصاد الزرع ببعضه.

ووجه المنع: ما روي: أن النبي ﷺ نهى عن قفيز الطحان. قال الطحاوي في «مشكل الآثار»: أهل العلم لا يختلفون؛ أن معناه ما كانوا يفعلونه في الجاهلية، وما يفعله أهلُ الجهل إلى يومنا هذا، من دفع القمح إلى الطحان، على أن يطحنه لهم بقفيز من دقيقه الذي يطحنه منه.اهـ. ولأن في الأجرة غرراً، فإنها لما عين ما تستوفى منه، من غير أن يكون مقدوراً على استيفائها في الحال، كان ذلك غرراً يمنع من الجواز، وكان كما لو استأجره بصاع مما يحلب من هذه الشاة. ولأن الصفة التي يخرج الدقيق عليها لا تعلم =

فَصْلٌ
في جعل الأجرة جزءاً معلوماً من خراج العين المستأجرة

إذا دفعَ الرَّجلُ سيارتَه لمن يحمِلُ عليها، أو حانوتَه لمن يُزَاولُ فيه صنعةً من الصنائعِ، أو يُديرُ تجارةً، أو حمّامَه لمن يُديرُه، على نسبةٍ مَعْلُومةٍ مما يحصلُ من دخْلِ هذه الأشياءِ وما أشبَهَهَا، كالثُّلثِ والرُّبعِ، لم يجُزْ. ويكونُ لسائقِ السَّيارةِ، ومُكترِي الحانوتِ، وصاحبِ الحمَّامِ، جميعُ الكسْبِ، وعليهم لصاحبِ السيارةِ والحانوتِ والحمَّامِيِّ أجُورُ أمثالِهم(١).

= إلا بعد الطحن، وليست مأمونة أن تختلف بين الدفعات المطحونة.

والجواب للقول الأول عن الحديث المحتج به: أنه لا يصح؛ فقد رواه الدارقطني والبيهقي، عن أبي سعيد الخدري، قال: نهي عن عسب الفحل، وعن قفيز الطحان. وفي إسناده هشامٌ أبو كليب. قال ابن القطان في «بيان الوهم والإيهام»: لا يعرف. ووافقه الذهبي في اختصاره وزاد: وحديثه منكر. نقله الحافظ في «التلخيص». وأنكر الحديثَ أيضاً ابنُ قدامة في «المغني» ونفى صحته عند أصحابه. وعلى تسليم صحته، فلا يسلم أن يكون معناه على ما ذكر الطحاوي، فقد قيل في معناه: طحن الصبرة لا تُعلم مكيلتها بقفيز منها.

(١) وإنما فسدت الإجارة فيما ذكر؛ للجهل بقدر الأجرة؛ لأن الكسب الحاصل من سَوْقِ السيارة، وعمل الصانع، وربح التاجر، ومن الانتفاع بالحمام، غيرُ معلوم، فبعضه الذي هو الأجرة غير معلوم أيضاً، فتفسد الإجارة لذلك. ويُصارُ بعد استهلاك المنفعة إلى أجرة المثل على المنتفع.

والمنتفع في السيارة هو السائق لها؛ لأنه استخدمها في المسالك التي شاءها، وبالأجرة التي رضيها من الركاب، فكان مستأجراً لها، فاستحق عليه صاحبها قيمة المنفعة التي انتفعها منها، حيث فسد العقد بالجهالة. =

وكذلك لا يصِحُّ دفعُ السَّيارةِ، أو السَّفينةِ، أو الدَّارِ، أو الحانوتِ، أو الحمَّامِ، إلى من يُكرِيها على أن لهُ نسبةً مَعْلُومةً مما يُكريها به كالعُشْرِ أو نصفِهِ، وإذا وقعَ استَحقَّ السِّمسارُ جُعلَ مِثلِه، ولصاحبِ السَّيارةِ وغيرِها جميعُ الأُجْرَةِ[1].

= وقيمة المنفعة هي أجرة المثل. ومثلُه يقال في سائق حافلة النقل، وشاحنة السلع، وجرار الحرث، وآلة الحصاد.

وكذلك يجب لرب الحانوت كراء المثل على مكتريه، لمزاولة صنعة أو تجارة؛ لأنه هو المنتفع به.

وأما الحمام فإن المنتفع في عقد إدارته صاحبه، فهو مستأجر والمديرُ أعني الحماميَّ أجيرٌ، فإذا عمل مع فساد العقد للجهالة، استحق أجرة مثل عمله. ولا يصح أن يقال: إن الحمامي هو المنتفع بأجور المستحمين، كانتفاع سائق السيارة بأجور الركاب؛ لأن الاستحمام منفعة تتوفر من الحمام لا من عمل مديره، بخلاف الركوب، فإنه منفعة تتوفر من عمل السائق. والله أعلم.

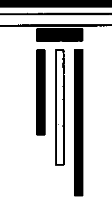
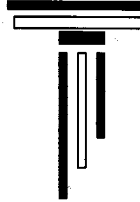
(١) والفرق بينها وبين المسألة الأولى: أن الإجارة هنا وقعت على البحث عمن يستأجر السيارة وغيرها، بخلاف الأولى فإنها وقعت فيها على منفعة السيارة والحانوت وعمل الحمامي، فلما فسدت فيما وقعت عليه من عمل، بطل فيه الأجر المسمى ووجب أجر المثل. قال في «تهذيب المدونة»: وإذا دفعت إليه دابة، أو إبلاً، أو داراً، أو سفينة، أو حماماً، على أن يُكري ذلك وله نصف الكراء، لم يجز. فإن نزل كان لك جميع الكراء، وله أجرة مثله. اهـ.

• فرع في جعل أجرة السمسار جزءاً من الثمن أو ما زاد على ما سمى له رب السلعة:

ومثل التوكيل بالإجارة على نسبة معلومة من الأجرة، التوكيل بالبيع على نسبة معلومة من الثمن، كما إذا جعلت لمن يبيع دارك أو أرضك أو متاعك، عشر الثمن أو نصف عشره، أو قلت له: بعها بمئة فما زاد على ذلك فهو =

....

= لك، فإنه لا يجوز للغرر والجهالة. قال مالك في جامع البيوع من «الموطأ»: فأما الرجلُ يُعطى السلعة، فيقال له: بعها ولك كذا وكذا في كل دينار؛ لشيء يسميه، فإن ذلك لا يصلح؛ لأنه كلما نقص دينار من ثمن السلعة، نقص من حقه الذي سمى له، فهذا غرر لا يدرِي كم جعل له.اهـ. قال ابن عبد البر في «الاستذكار»: هذا كما قال مالك عند جمهور العلماء؛ لأنه إذا قال له: لك من كل دينار درهم أو نحو هذا، ولا يدري كم مبلغ الدنانير من ثمن تلك السلعة، فتلك أجرة مجهولة وجعل مجهول.اهـ.

بَاب أحكام الإجارة

إذا انعقدتِ الإِجَارَةُ فاسدةً، باشْتِمَالِها علَى سببٍ من الأسبابِ المقتضيةِ للفَسادِ، وَجَبَ فسخُها، فإن تَمَّ استيفاءُ المَنَافِعِ، وكانَ لِربِّ العَينِ المُؤْجَرةِ أجرُ مثلِها، وللعَامِلِ أجْرُ مثلِهِ في عمَلِهِ(١).

وإذا انعَقَدتْ صَحيحةً، ففيها جُملةٌ من الأحْكامِ، أُوضِحُها في الفصولِ الآتيةِ:

فَصْلٌ
في لزوم الإجارة

الإِجَارَةُ لازمةٌ من الطّرفيْنِ، ليس لأحدِ العاقديْنِ أن ينفرِدَ بفسْخِها(٢)، إلَّا أن يتعذَّرَ استيفاءُ المَنَافِعِ المعْقودِ عليها. ولا تنفسخُ

---

(١) كمن أكرى سيارته واشترط على المكتري ضمانها إذا تلفت أو تعيبت، ومن استأجر أجيراً لحمل متاع، واشترط عليه ضمانه إذا ضاع بسرقة أو غصب أو تلف، فتفسد الإجارة في المثالين، ويجب لصاحب السيارة أجر مثلها، وللحمال أجر مثل عمله في الحمل، ولا ينظر إلى الأجرة المسماة سواء أكانت أكثر أم أقل؛ لأنها فسدت بفساد العقد.

ولما كان استيفاء المنفعة في الإجارة الفاسدة، بمنزلة فوات المبيع في يد المشتري في البيع الفاسد، وكان عليه إذ تعذر رده ضمان قيمته للبائع، كان على مستوفي المنفعة ضمان قيمتها للمُؤْجر أو الأجير، وهو معنى أجرة المثل.

(٢) لعموم قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]. =

بعُذرٍ يرجعُ إلى أحدِ العاقديْنِ، كالموْتِ والعجْزِ والسَّفرِ[1].

ويجوزُ اشتراطُ الخِيارِ في العَقْدِ لأحدِ العاقديْنِ أو كِلَيْهما، كالبيْعِ.

فَصْلٌ
في نوعي الإجارة وضمان المنفعة

والإجَارَةُ على نوعَيْنِ: إجَارَةُ عَيْنٍ، وإجَارَةٌ في الذمَّةِ؛ فأمّا إجَارَةُ العَيْنِ، فهي التي يُعيَّنُ فيها ما تُستوفَى منه المَنْفَعَةُ من شخصٍ أو مالٍ، مِثلُ أن يستأجِرَ رَجُلاً ليَعملَ له بنفسِه، أو يستأجِرَ منه سيَّارَةً معيَّنةً للرُّكوبِ، أو شاحنةً معيَّنةً لحمْلِ المتاعِ، أو مِحصدةً معيَّنةً للحصادِ.

وأما إجَارَةُ الذِّمةِ، فهي التي يَضمنُ فيها الأجيرُ تحصيلَ المَنْفَعَةِ بذِمَّتِه، مِثلُ أن يستأجِرَه على أن يحمِلَه أو يحملَ له متاعَه،

= ولأنها نوع من البيع، فلزمت كلزوم سائر أنواعه من مثل الصرف والسلم.

(١) فمن أكرى داره، ثم مات لم يكن لورثته إخراج المكتري منها، حتى تنقضي مدة الإجارة، ويقومون مقام مورثهم في قبض أجرتها. وإذا مات المكتري ملك ورثته منفعة الدار، على الأصح في المذهب، فلهم أن يسكنوها إلى تمام المدة أو يكروها ممن يسكنها إذا كان مثل المكتري الأول في الأمانة. وكذلك يقال في كراء الأراضي.

وإنما لم تنفسخ الإجارة بموت أحد العاقدين، ومثله إذا عجز؛ لأن الإجارة عقد لازم، فلا تنفسخ لمعنى في العاقد كموته وعجزه، فإن الموت والعجز لا تتلف معه المنفعة ولا يتعذر معه الاستيفاء، فأشبه ما لو تبايعا شيئاً ثم مات أحدهما قبل القبض، وكما لو زوج الرجل مملوكته ثم مات.

أو يخيطَ له ثياباً أو يخرزَ له جلوداً، دون أن يعيِّنَ ما تُستوفَى منه المَنْفَعَةُ من شَخصٍ أو شَيءٍ، وإنما يكتفِي بوصفِ ذلك كالسَّلمِ[1].

وتكونُ المَنْفَعَةُ مضمونةً بنفسِ العَيْنِ المُؤْجرةِ في إِجَارَةِ العَيْنِ، فإذا ضاعتْ أو هلكتْ أو تعيَّبتْ قبلَ تمامِ الاستيفاءِ، انْفسخَ العَقْدُ فيما بقِي؛ للتَّعذُّرِ، ولم يجبْ على المُؤْجر إصْلاحُها، ولا استبدالُ غيرِها بها[2]. وأما إِجَارَةُ الذِّمةِ؛ فالمَنْفَعَةُ فيها مضمونةٌ بذمَّةِ المُؤْجر، فإذا عيَّنَ عَيْناً للاستيفاءِ، ثُم ضاعتْ أو هلكتْ أو تعيَّبتْ، وجبَ عليه الإتيانُ بالبَدَلِ[3].

---

(١) وكلا النوعين جائز؛ فأما إجارة العين فواضح وجه الجواز فيها، فإنه الأصل في الإجارات. وأما إجارة الذمة، فلأنه لما جاز له بيع سيارة أو دابة موصوفة في ذمته، على وجه السلم، جاز له أن يبيع منافعها كذلك، فإن الإجارة معاوضة على المنافع كما أن البيع معاوضة على الرقاب.

(٢) وإذا أتى بالبدل فليس له أن يلزم المستأجر به، بل وليس للمستأجر أن يرضى به إلا في حالتين: إحداهما أن يضطر إلى ذلك، كأن يكون بمكان منقطع من الأرض من فلاة ونحوها، فيجوز لمكان الضرورة. والثانية أن لا يكون قد دفع الأجرة، فيجوز؛ لأنه إن كان قد دفع الأجرة، فانتقاله إلى البدل يعد فسخاً لدين الأجرة، في منافع يتأخر قبضها إلى وقت قبض العين الجديدة، فأشبه فسخ الدين في الدين.

(٣) ومن أمثلة ذلك الإجارةُ على حمل المسافرين؛ فإذا تعطلت وسيلة النقل في بعض الطريق، وكان الناقل شركة فعليها الإتيان بوسيلة أخرى لإتمام الرحلة، ولا تنفسخ الإجارة؛ لأن المنفعة مضمونة بذمة الشركة لا بما عينت من وسيلة. أما إذا كان شخصاً يعمل بوسيلته الخاصة، فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المسافة؛ لأنها إجارة عين، ولا يلزمهم من الكراء إلا بقدر سيرهم.

وعلى المُؤْجر تمكينُ المستأجِرِ من استيفاءِ المَنْفَعَةِ؛ فإن كان هو الأجيرَ، سلَّمَ نفسَه للعملِ، وإن كان أجَرَ شيْئاً من أملاكِهِ، سلَّمَ العَيْنَ المُؤْجَرةَ إليه[1].

وإذا تمكَّنَ المستأجِرُ من استيفاءِ المَنْفَعَةِ بقبضِ العَيْنِ المُؤْجرةِ، فتركَها حتى ذهبتْ بذهابِ وقتِها المسمَّى في العَقْدِ، لزمتْهُ الأُجْرَةُ كاملةً، وليسَ له علَى المُؤْجِرِ شَيْءٌ[2].

فَصْلٌ
في وقت وجوب الأجرة

ولا تُستحقُّ الأُجْرَةُ على المستأجِرِ بمجرَّدِ العَقْدِ، ولا بتسليمِ العَيْنِ المُؤْجرةِ لاستيفاءِ المَنْفَعَةِ، بل تستحقُّ شيئاً فشيئاً، على قدْرِ ما يُستوفَى من المَنْفَعَةِ[3]، إلَّا لشرْطٍ أو عُرفٍ جَرى بين الناسِ بتعجيلِ

---

(١) وإذا تأخَّر عن تسليمها للمُؤْجر لحاجة له، فلا تفسخ الإجارة لذلك، إلا أن يكون عين وقتاً للاستيفاء وفات بسبب التأخر.

(٢) ومثال ذلك ما يحصل في المعامل والمصانع من مضي بعض ساعات الدوام من دون وجود عمل، فليس لأرباب العمل أن ينقصوا من أجور العمال لأجل ذلك شيئاً؛ لأن فراغهم لم يكن من جهتهم، بل من جهة رب العمل. والله أعلم.

(٣) وجملة القول في عقد الإجارة أنه يتضمن تمليكَ منافع في مقابلة أجرة. فأما المنافع؛ فلا خلاف أنها تُملك بالعقد، ويستقر المِلك فيها بالقبض. وأما الأجرة؛ فلها ثلاث أحوال:

إحداها: أن يشترطا تعجيلها عند العقد، فتكون حالَّة فيستحق الأجير والمؤْجِرُ المطالبة بها من حينئذ اتفاقاً. =

....

= **والثانية**: أن يشترطا تأجيلها، أو تنجيمها على وجائب من الزمن، فتكون مؤجلة أو منجمة، على ما شرطا، إجماعاً.

والثالثة: أن يطلقا في العقد، فلا يشترطان فيها نقداً ولا تأجيلاً. فإن لم يكن فيها عرف متبع، ولم يقارن العقد ما يوجب التقديم، على ما سنذكره، لم تستحق المطالبة بالأجرة عندنا إلا بالتمكين من استيفاء المنفعة؛ فكلما مضى من المنفعة جزء، استحق ما يقابله من الأجرة، إلا أنه لما شق أن يُستوفى ذلك على يسير الأجزاء، كانت الأجرة مستحقة مُياومةً، كلما استوَفى منفعةَ يوم استُحِقت عليه أجرتُه. وهذا في المنافع المقدرة بالزمن، أما المقدرة بالعمل، كبيع سلعة، وخياطة ثوب، وخرز جلد، وحمل شخص أو متاع من موضع إلى موضع، فالأجرة تستحق بتمام العمل.

وإنما لم تستحق الأجرة معجلة إلا لشرط أو عرف؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. فأمر بإيتائهن أجورهن بعد الإرضاع. ولقوله ﷺ: «**قَالَ اللهُ: ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ؛ رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرّاً فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً، فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِ أَجْرَهُ**». أخرجه البخاري عن أبي هريرة. فتوعد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل، فدل على أنه وقت الوجوب. وعن ابن عمر؛ قال: قال رسول الله ﷺ: «**أَعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ**». أخرجه ابن ماجه، وضعف بعض الحفاظ إسناده، إلا أن بعضهم قواه. قال المنذري في «الترغيب» بعد كلام: وبالجملة فهذا المتن مع غرابته، يكتسب بكثرة طرقه قوةً. اهـ.

ولأن العقود موضوعة في أصولها، على تساوي المتعاقدين فيما يملكانه بالعقد، ويكونُ ملك العِوَض تالياً لملك المُعوَّض ومرتباً عليه، كالبيع، إذا ملَّك البائع السلعة ملَك بها الثمن، ولم يستحق قبض الثمن حتى يسلمها للمشتري. وكذلك في الإجارة، فإن الأجرة ثمن المنفعة، فلا تستحق إلا بالاستيفاء؛ ألا ترى أن الدار المكراة لو انهدمت في بعض المدة، لانفسخ =

الأُجْرَةِ جُملةً في مِثلِ تلك المَنْفَعَةِ، أو لِمُقتضًى شرعيٍّ يُوجِبُ التَّعجيلَ(١).

= الكراء في الباقي، ووجب رد ما قبض مما يقابلها من كرائها؟ فذلك دليل على أن الملك فيه لم يكن مستقرّاً بالعقد.

ولأن أعواض المنافع في غير الإجارة تلزم بعد تسليم المنافع، كما في الجعالة والقراض، فكذلك يجب أن يكون العوض في الإجارة.

• فرع:

التمكين من الاستيفاء في الحكم كالاستيفاء حقيقةً؛ فمتى حصل التمكين استحقت الأجرة على المستأجر، استوفى المنفعة أم لا. فمن حجز للسفر لدى إحدى شركات النقل، ثم لم يسافر، لم يكن له أن يسترد ثمن الحجز، بخلاف ما إذا ألغت الشركة الرحلة، وليس لها أن تفعل ذلك إلا لعذر بيِّنٍ.

(١) كما لو كانت الأجرة عيناً معينة كهذا الثوب، وهذه الساعة، وهذا الطعام. فيجب تعجيلها سواء كانت المنفعة معينة في عين، أم مضمونة في ذمة الأجير؛ لما سبق في كتاب البيع أنه لا يجوز تأخر قبض الأعيان في المعاوضات، كالمبيع المعين، والمهر المعين وبدل الخلع المعين. وهذا لا ينافيه التأخير لمدة يسيرة لا تتعدى ثلاثة أيام، كتأخير رأس مال السلم؛ لأن ما هو في ضمنها له حكم المعجل، وما بعدها له حكم المؤجل.

وهذا في إجارة العين.

وأما إجارة الذمة، فيجب فيها تعجيل الأجرة، إذا لم يكن المستأجر قد شرع في استيفاء المنفعة عند العقد أو بعده إلى مدة يسيرة لا تتعدّى ثلاثة أيام؛ لئلا تصير الإجارة بيعاً لدَيْن بدَيْن، وقد ثبت النهي عنه في السنة؛ وذلك أن الأجرة تكون ديناً في ذمة المستأجر، والمنفعة ديناً في ذمة الأجير. فإن شرع في الاستيفاء جاز تأخير الأجرة، في المشهور من المذهب وهو قول أشهب. وقال ابن القاسم: يجب تعجيل الأجرة في الحالتين؛ لأن الشروع يعد قبضاً لبعض المنفعة، فيبقى البعض الباقي ديناً في الذمة، فلم يجز. ووجه =

فَصْلٌ
في ضمان العين المُؤْجرة

والعَيْنُ المستأجَرَةُ أمانةٌ في يدِ المستأجِرِ(١)، فلا يضمنُ إلَّا ما

= المشهور: أن قبض أوائل المنفعة في حكم قبض جميعها، ألا ترى أنه يجوز بيع المقائئ والمباطخ بالدين، مع أن بعض المعقود عليه لم يكن قد خلق عند العقد، وإنما كان له حكم الموجود لتناسقه وتتابعه.

● **وخلاصة هذا الفصل:**

أن الأجرة يجب تعجيلها في حالتين: إذا كانت معينة، أو كانت المنافع مضمونة في الذمة، ولم يشرع في استيفائها. وأما في سائر الأحوال، فينظر في وقت استحقاق الأجرة إلى الشرط أولاً، فحيثما وجد شرط في تعجيلها أو تأجيلها أو تنجيمها، عمل به، فإن لم يكن شرط نظر إلى العرف في مثل تلك الإجارة، كما إذا كان العرف في كراء الدور مشاهرة، أن تقبض في أول الشهر، وجب على المكتري الإقباض في أوائل الشهور؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

(١) فمن اكترى داراً فانهدمت أو تشققت جدرانها، أو دابة فماتت أو عطبت، أو سيارة فسرقت أو أصابها شيء من العطل في بعض أجزائها، فليس على المكتري من ضمانها شيء، ما لم يكن ذلك بتعدٍّ منه. ومثل ذلك في العروض التي يغاب عليها، كالثياب، والأواني، والأثاث المنزلي، والأجهزة الكهربائية والإلكترونية.

ولا فرق في ذلك بين أن يحصل العيب أو التلف، قبل قبض المستأجر لها أو بعده، في أثناء الاستعمال أو خارجه، لا ضمان عليه في شيء من ذلك، إذا تلفت أو تعيبت من جراء الاستعمال المعتاد، وأولى إذا أصاب ذلك بآفة سماوية؛ لأن العين لم تخرج عن ملك ربها بالإجارة، ولا خرجت من يده بغير رضاه، فلم تخرج من ضمانه كالوديعة. وخالفت المغصوب، فإنه مقبوض للغاصب على وجه التعدي بغير رضا ربه. ولأن ربها سلط المستأجر =

تعدَّى بيدٍ أو استعمالٍ أو تفريطٍ في الحفظِ[١]. وهو مصدَّقٌ إذا ادَّعى

= عليها لضرورة استيفاء المنفعة التي وجبت له بالعقد، ورضي بأمانته في الاستعمال، فأشبهت العارية. وخالفت المقبوض في شراء فاسد؛ لأنه مقبوض على وجه التملك، فكان مضموناً على المشتري لوجود شبهة الملك.

وقال ابن المنذر في «الإشراف»: وأجمعوا أن من اكترى دابة، على أن يحمل عليها عشرة أقفزة قمحاً، فحمل عليها ما اشترط، فتلفت، أن لا شيء عليه. وهكذا إن حمل عشرة أقفزة شعيراً. اهـ. وحكى ابن قدامة في «المغني» والكاساني في «بدائع الصنائع» نفي الخلاف بين العلماء في أن المستأجر غير ضامن. وقال ابن شاس: وحُكي في التضمين قول بعيد.

• فرع:

فإن شرط المُؤجر على المستأجر ضمان العين، فسدت الإجارة؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد. ويستحق أجرة المثل بالعمل، إلا أن يتدارك الشرط بالإلغاء قبل تمام الاستيفاء، فله الأجرة المسماة.

(١) ومن التعدي في الاستعمال أن يكتري دابة لحمل شيء، فيحمل عليها أكثر منه، كأن يكتريها لحمل قنطار فيحمل قنطارين، أو يحمل شيئاً آخر أكثر منه كيلاً أو وزناً. وكذلك إذا اكتراها للركوب، فحمل عليها من غير إذن ربها، الفادحَ من الناس وهو الغليظ الجافي، فهو تعدٍّ منه؛ لأنه مخالف للمعتاد. فيضمن ما يصيب الدابة من عطب أو تلف، من جراء المخالفة في ذلك.

• فرع:

ومن استأجر دابة للركوب أو لحمل متاعه إلى مكان معلوم، وجب بيان الطريق التي يسلكها، إذا تعددت الطرق وتباينت تبايناً تختلف به الأغراض، فقد تكون بعض الطرق أوعر من بعض، أو أخوف، أو أبعد في المسافة. فإن خالف فسار في طريق غير الذي سماه، كان متعدياً بالمخالفة، فيضمن ما يصيب الدابة في الطريق من عطب أو تلف. وكذلك يضمن إذا تعدى بالزيادة على المسافة المشروطة. =

الضَّياعَ أو التَّلفَ، ولا يمينَ عليه إلَّا أن يكونَ مُتهماً، وَقِيلَ: عَلَيْهِ اليَمِينُ مُطْلَقاً.

فَصْلٌ
في ضمان الأجراء

من استُؤجِرَ على شيءٍ يعملُ فيه بحملٍ أو حراسةٍ أو إصلاحٍ، فقبضَهُ لذلك، فلا يضمنُ ما ادَّعى أنَّه ضاعَ منه أو سُرقَ أو تلفَ[1]،

= وصفة الضمان فيما تقدم، أن يخير صاحب الدابة بين أمرين:

أحدهما: أن يدفعها للمكتري، ويُضَمِّنه قيمتها سليمةً يوم التعدي.

والثاني: أن يرضى بأجرة الزيادة في الحمل والمسافة، فلا يكون له أن يُضَمِّن المكتري قيمة العيب؛ لأن الأجرة لا تجتمع مع الضمان، فلما رضي بها فقد أجاز كراءها ضمناً فيما زاد من المسافة والحمل، فكان كما لو أكراها في ذلك ابتداء، فلا ضمان على المكتري.

فإن لم تعطب من جراء التعدي بالزيادة، فليس لربها إلا أجرة الزيادة؛ لأنه لا يجوز في الشريعة التعويض عن ضرر لم يحصل. والله أعلم.

(١) كالراعي تموت الغنم تحت رعايته، والمرضع يموت الرضيع في يدها، وناقل الأشخاص والسلع عدا الطعام، سواء كان النقل برّاً أو بحراً أو جوّاً، لا ضمان عليهم إذا كان الهلاك بغير تعدٍّ منهم، فلو غرقت السفينة، أو سقطت الطائرة، أو انقلبت الحافلة أو الشاحنة، بفعل معتاد من النوتي أو القائد أو السائق، فلا ضمان على الشركة فيما تلف من نفس أو مال.

وكذلك لا ضمان على حراس المدارس والفنادق والدور والبساتين والزروع وسائر الأموال. وقد يقال: إنهم إنما استؤجروا على الحراسة من تعدي الغير، فكان الواجب أن يضمنوا. والجواب: أن التعدي إن كان بتفريط منهم لنوم أو غياب أو انشغال، فعليهم الضمان للتقصير فيما يجب عليهم من الحراسة، وإن كان بغلبة المتعدي، فلا ضمان؛ لأنه ليس عليهم من الدفع إلا ما يقدرون عليه. والله أعلم.

إلَّا الأجيرَ على حَمْلِ الطَّعامِ والإدامِ(١)، والأجيرَ المشتركَ إذا كان صانعاً يختَصُّ بمحلٍّ يعملُ فيه(٢)، إلَّا أن تكونَ الصَّنعةُ مُشتمِلةً على غَرَرٍ لازمٍ.

---

(١) فيلزمه المثل في المثلي، كالبُرِّ والسمن، والقيمة في المقوَّم، كالأطعمة المطبوخة.

وذكر الصاوي في «حاشيته» أن التفريق بين الطعام وغيره تعبدي غير معلل. ومعلوم أن مثل هذا إنما يتلقى من نص الشارع، ولا نص بالتفريق، فوجب أن يُظهر الفرق بإبداء علة تختص بالطعام والإدام، وإلا كان تحكماً على الشرع. وقد أبدى القاضي عبد الوهاب رَحِمَهُ اللَّهُ علة فارقة؛ بأن العادة أن الأكرياء يسرعون إلى أكل الطعام الذي استؤجروا على حمله، لدناءة نفوسهم، وأن أصحابه يأنفون من مطالبتهم بالغرم؛ لا سيما إذا كانوا من ذوي الأقدار لكرم نفوسهم وعزتها، فوجب أن يحتاط لهم من جهة الشرع بتضمين الأكرياء جملة. وهذا التعليل إن كان بيناً في الأطعمة المطبوخة، فإنه غير بين في غيرها، كحبوب البر والشعير والقطاني وغيرها. والله أعلم.

(٢) وبيان ذلك أن الأجير على الصنعة نوعان:

الأول: أجير خاص يعمل لمن استأجره في منزله أو في مكان يخص المستأجر، وسمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس.

والثاني: أجير مشترك، وهو الذي ينصب نفسه في حانوت ونحوه، يعمل لمن جاءه بشيء، إما إصلاحاً له، كورشات صيانة الأجهزة الكهربائية والإلكترونية، وإما إحداثاً لصنعة فيه كالخياط والقصار، والحداد والنجار. وسمي مشتركاً لأنه يتقبل أعمالاً لاثنين أو أكثر في وقت واحد، ويعمل لهم فيشتركون في منفعته واستحقاقها.

أما الأجير الخاص؛ فلا ضمان عليه فيما تلف أو ضاع من تحت يده، كسائر الأجراء من غير الصناع.

=

....

= وأما الأجير المشترك ـ وهو الصانع ـ فهو ضامن لما قبض من أموال الناس حتى يردها لأصحابها، ضمان تهمة لا ضمان أصالة، سواء كان يعمل في منزله أو في حانوته، وسواء حصل التلف أو الضياع بتعدي الأجنبي كالسارق والغاصب، أو حصل بآفة سماوية، أو من جراء صنعته، إلا أن تكون الصنعة مشتملة على غرر لا ينفك، كثقب اللؤلؤ، ونقش الفصوص، وتقويم السيوف، والختان، وقلع الضرس والمعالجة الطبية، فلا ضمان كما ذكرت في الأصل.

● **فروع ثلاثة:**

الأول: لو كان للأجير المشترك أجراء من صناع أو غيرهم، استأجرهم ليعملوا تحت يده، فتلف أو ضاع في أيديهم شيء من أمتعة الناس، فلا ضمان عليهم إلا أن يتعدوا أو يفرطوا؛ لأن كل واحد منهم أجير خاص للأجير المشترك. وعليه هو أن يضمنه لربه؛ لأن أيدي أُجرائه كيَدِه. أما لو كان الذين يعملون معه شركاء له، فهم شركاء في الضمان.

الثاني: لو شرط الصانع على رب المتاع نفي الضمان، لم ينفعه شرطه في قول ابن القاسم وروايته، ويفسد العقد؛ لأن الشرط مناقض لمقتضى العقد. فإن عمل فله أجر مثله. وروى أشهب أنه ينفعه ويسقط الضمان عنه. والأول به الفتوى.

الثالث: إذا فرغ الصانع من المصنوع، ثم أحضره لصاحبه، فتركه عنده، فتلف أو ضاع بعد ذلك فلا ضمان؛ لأنه بعد الفراغ وتمكين ربه من قبضه، صار مقبوضاً على وجه الوديعة، والوديع مؤتمن.

وإنما وجب الضمان على الصناع على خلاف مقتضى القياس؛ لقضاء الصحابة بذلك، فقد أخرج عبد الرزاق في «المصنف» عن بكير بن عبد الله بن الأشج: أن عمر بن الخطاب ضَمَّن الصبَّاغَ الذي يعمل بيده. وأخرجه ابن أبي شيبة عن بكير: أنه كان يحدث عن عمر بن الخطاب: أنه ضمَّنَ الصُّنَّاعَ الذين انتصبوا للناس في أعمالهم، ما أهلكوا في أيديهم. وذكر سحنون في =

....

= «المدونة» من رواية ابن وهب نحو ذلك عن عمر بن الخطاب. وعن عطاء بن يسار، ويحيى بن سعيد، وربيعة، وابن شهاب، وشريح. قال: وقال يحيى بن سعيد: ما زال الخلفاء يُضمِّنون الصُّناع.

وأخرج عبد الرزاق أيضاً عن جعفر بن محمد، عن أبيه قال: كان علي يُضمِّن الخيَّاط والصَّبَّاغ وأشباهَ ذلك، احتياطاً للناس. وأخرجه ابن أبي شيبة بنحوه، وزاد: وقال: لا يُصلحُ الناسَ إلا ذلك.

وللمصلحة في ذلك لأرباب السلع، إذ ليس كل واحد بقادر على أن يصنع لنفسه، فكان بالناس ضرورة إلى الصناع، فلو قبل قولهم في نفي التعدي، مع علمهم بحاجة الناس المستمرة إليهم، لأسرعوا إلى ادعائه، فيلحق الناس بذلك ضرر عام وتنفتح ذريعة إلى تضييع أموالهم. وفي تضمين الصناع مصلحة لهم أيضاً، فإن الناس إذا أمنوا على أموالهم، لم تنقبض أيديهم عن دفعها لمن يصنع فيها، فيكثر عليهم الطلب، وينفق عملهم. والله أعلم.

ولما كان تضمين الصناع تضميناً عارضاً للتهمة، ولم يكن ضمان أصالة، لم يكن عليهم أن يضمنوا ما تلف من الأشياء إذا كان ذلك بحضرة أصحابها، أو قامت بينة تنفي التعدي عن الصانع.

والمعتبر في التقويم يوم قبض السلعة من ربها؛ لأنه اليوم الذي وجب فيه الضمان، دون يوم التلف، ولا يوم الحكم. فإن كانت تساوي عشرة يوم قبضها من ربها، ثم اختلفت قيمتها يوم تلفت أو تعيبت، فزادت أو نقصت، لم يلزم الصانع إلا عشرة.

أما الأجير الخاص إذا تعدَّى على الشيء الذي استؤجر له، فأصابه عيب أو تلف من جراء تعديه، فالذي يلزمه قيمتُه يوم التلف، دون يوم القبض، ولا يوم التعدي، ولا يوم الحكم؛ لأن الضمان إنما استند إلى التلف لا إلى مجرد التعدي، بدليل أنه لو تعدى فلم يتلف الشيء من تعديه، ثم تلف بسبب آخر لم يضمن.

فَصْلٌ
في إجارة الأراضي الزراعية

يجوزُ إِجَارَةُ الأراضي الزِّراعيةِ لِمُدَّةٍ لا تتغيَّرُ في مِثلِها الأرْضُ، كثلاثينَ أو أربعينَ سنةً، صَفْقَةً واحِدَةً. ثم إن كانتْ مأمونةَ الرِّيِّ جازَ تعجيلُ أُجْرَتِها لِجميعِ المُدَّةِ، أو تقسيطُها على السِّنِينَ، وإن لم تكنْ مأمونَةً، لم يجزْ للمُكرِي اشتراطُ تعجيلِ الأُجْرَةِ ولو لسَنةٍ واحدةٍ، قبلَ حُصولِ الرِّيِّ الفعلِي في الموسِمِ الزِّراعِي[1].

والأراضِي المأمُونةُ الرِّيِّ على ثلاثةِ أنواعٍ:

الأول: التي لها ماءٌ دائمٌ تُسقَى به، كالأنهارِ والعيونِ والآبارِ.

الثاني: السُّهولُ المنخفِضةُ من الأراضِي المجاوِرَةِ للأَنهارِ الكبيرةِ، كالنِّيلِ والفراتِ، التي تَشربُ من زيادةٍ مُعتادةٍ تأتِي في وقتِ الحاجةِ.

الثالث: الأراضِي التي تُروَى من مِياهِ الأَمْطارِ عَادةً، كالأَراضِي القَريبةِ من السَّواحلِ.

وما عَدا هذهِ الأنواعَ من الأراضِي فغيرُ مأمونةٍ.

وتختلفُ السَّنةُ الزِّراعيةُ التي يتناولُها عقْدُ الكراءِ، باختلافِ

---

(١) فيفسد العقد لأجل الشرط الفاسد. وإذا تطوع المكتري بتعجيلها بعد العقد، جاز.

وإنما لم يجز تسليف الأجرة على وجه الاشتراط؛ لأنه إذا أسلفها صارت مترددة بين الأجرة إذا حصل الري، وبين السلف إذا لم يحصل، فأشبهت بيعاً وسلفاً.

الأراضِي، ففيما يُسقَى منها بالمَطرِ وبفيضِ الأنْهارِ العَظيمةِ كالنِّيلِ، تنتهي السَّنةُ الزِّراعيةُ بالحصادِ، ولو كانتْ مُدَّةُ الزِّراعةِ أربعةَ أشهُرٍ أو أقلَّ. فإن كان المزرُوعُ مما يخلُفُ كالبِرسيم، فبآخِرِ بطنٍ يحصُدُه. وأمَّا ما يُسقَى بمثلِ العُيونِ والآبارِ، فالسَّنةُ الزِّراعيةُ فيها اثنا عشَرَ شهْراً، فإن انتهتْ وفي الأرضِ زرْعٌ أخضرُ، لزمَ صاحِبَ الأرضِ إمهالُ المُؤْجِرِ لحينِ الحَصَادِ، وله أُجْرَةُ المِثْلِ فيما زادَ من المُدَّةِ[1].

وإذا حَصلَ طارئٌ يمنَعُ من الانتفاعِ بالأرْضِ الزِّراعيةِ، لم يخلُ أن يكُونَ سببُه ناشِئاً من خارِجِ الأرضِ، أو من ذاتِها. فإن كان من خارِجِها، كجوائِحِ الجرادِ والجَليدِ والبَرَدِ والجَيشِ، وتسلُّطِ الغاصبينَ، وعدمِ نباتِ البَذْرِ، وغرَقِ الأرضِ بالمياهِ بعد موسِمِ الحرْثِ، لم تسقُطِ الأُجْرَةُ بذلك عن المُكترِي[2].

---

(١) ومثال ذلك: ما لو كانت أجرة مثل تلك الأرض السنوية أربعاً وعشرين ديناراً، فأكراها باثني عشر ديناراً، واحتاج الزرع إلى شهرين بعد تمام السنة، فالواجب له اثنا عشر ديناراً أجرة السنة، وزيادة أربعة دنانير أجرة المثل لشهرين. وإنما وجبت أجرة المثل في المدة الزائدة، دون الأجرة المسماة؛ لأن العقد لم يكن باختيار رب الأرض، بل كان جبراً عليه للضرورة، فوجب له أجر المثل، إذ أشبه ما لو غصبت منه منفعة الأرض.

(٢) لأن الذي يلزم المُؤْجر تسليم الأرض وتمكين المستأجر من استيفاء منفعتها، وليس عليه ضمان سلامتها من الآفات، وقد وجد منه التسليم، فلم تسقط أجرته.

ومثل ذلك ما لو كان فوات الانتفاع راجعاً إلى سبب من جهة المكتري، كما لو سجن، أو لم يزرع الأرض لعدم حصوله على البذر مع إمكان الحصول عليه في البلد. أما إذا انعدم البذر من البلد، حتى أصبح عذراً عامّاً يستوي فيه جميع أهلها، فتسقط الأجرة.

وأما إذا كان الطَّارئُ ناشِئاً من جِهةِ الأرضِ، كما إذا خرَجَ منها دودٌ أو فئرانٌ مفسِدةٌ لزرعِها، أو لم تُرْوَ لانقطاعِ مائِها أو نقصِهِ، أو تعرَّضتْ للغرَقِ قبلَ موسِمِ الحرْثِ، سَقَطَتِ الأُجْرَةُ عن المُكْتري[1].

فَصْلٌ
في إجارة دور السكنى

من اكترَى داراً للسُّكنى جازَ له أن يَسكُنها بنفسِهِ وأهلِهِ، ويضعَ فيها ما جرتِ العادةُ بمثلِهِ من أثاثٍ ومتاعٍ، وله أن يُسكِنَ فيها غيرَه، بطريقِ الإعارَةِ والإجَارَةِ، إذا كانَ مِثلَه في الضَّررِ عليْهَا، أو أَخَفَّ. وله أن يُكرِيَها بمثلِ ما اكترَاها به، أو بأقلَّ، أو أكثرَ، قَبْلَ القَبْضِ وبَعْدَهُ[2].

---

(١) لأنه عيب حدث في العين المُؤْجرة منع من استيفاء منفعتها، فأشبه عطب الدابة، وانهدام الدار، وموت المرضع أو ذهاب لبنها.

(٢) ويتفصل القول في هذه الجملة في فروع خمسة:

الأول: أن محل استيفاء المنفعة لا يَتعين ولو عُيِّن. ومعناه: أن من استأجر شيئاً من الأموال الاستعمالية؛ داراً أو سيارة أو ثوباً، أو غير ذلك، فله استيفاء المنفعة بنفسه أو بغيره، بعوض أو مجاناً. كما لو اكترى داراً، ثم أكراها أو أوقفها لتمام المدة، أو لأقل كخمس سنين، فذلك جائز؛ لأنه ملك المنافع المعقود عليها بالعقد، فله أن يَصرِفها كيف يشاء. ولأنه لو اكترى داراً، ثم مات في أثناء المدة، لم تنفسخ الإجارة بموته، وقام وارثه مقامه في استيفاء سكنى الدار، وقد لا يحتاج إليها، أو لا تصلح له، فلا يجد مخرجاً من فوات منفعتها إلا بإكرائها من أجنبي. ومثلُ موت المستأجر عجزُه عن الاستيفاء بنفسه، لمرض أو سفر أو غيره من الطوارئ.

=

....

= **الثاني**: لا فرق بين إجارتها لمالكها الذي استأجرها منه، أو لأجنبي إذا كان مثله أو دونه في الضرر عليها. قال ابن عسكر البغدادي في «العمدة»: وَمَنِ اكْتَرَى دَاراً، فَلَهُ أَنْ يَسْكُنَهَا، أَوْ يُسْكِنَهَا، أَوْ يُؤْجِرَهَا مِنْ مُؤْجِرِهَا أَوْ أَجْنَبِيٍّ، [بِـ] مِثْلِ الْأَجْرِ، أَوْ أَقَلَّ، أَوْ أَكْثَرَ. اهـ. نقله الحطاب.

الثالث: لا فرق بين إجارتها بمثل ما استأجرها به، أو بأقل، أو بأكثر؛ لأنها معاوضة على ملكه، كبيع الأعيان. وليست الزيادة التي يستفضلها في إجارتها بأكثر من ربح ما لم يضمن الذي دلت السنة على النهي عنه؛ لأنه ملك المنفعة بالعقد وقبضها بقبض العين، فكانت مضمونة عليه، بدليل أنه لو قبض العين ولم يستوفِ منها المنفعة، لزمته الأجرة. قال في «الكافي»: وجائزٌ لمستأجرِ الدارِ أن يُكريَها قبْلَ قبضِها وبعدَهُ، بِمثْلِ أُجرَتِها وبأقلَّ وبأكثرَ. ولا بأس بازديَادِه لنفسِهِ في كرائِها؛ لأنَّهُ قد ملَكَ منافِعَها بالعقْدِ، وجازَ له فيها التصرُّفُ، وليس هذا عندَ مالكٍ من رِبْحِ ما لم يُضمَنْ. اهـ. وأفاد صدر كلامه أن له أن يُؤْجر العين المستأجرة قبل قبضها من ربها، طرداً لأصل مذهبنا في أن التصرف في الأعيان المملوكة بمعاوضة، جائزٌ قبل قبضها إلا في الطعام؛ لأن الضمان ينتقل بنفس العقد دون افتقار إلى القبض. وكذلك على أصل غيرنا؛ لأن ضمان العين المستأجرة لا ينتقل في الإجارة أصلاً، فلم يقف جواز التصرف عليه.

الرابع: استثنى في «المدونة» الثياب المستأجرة للبس، والدواب المستأجرة للركوب، فكره إجارتها من غيره، ولو كان مثله في الضرر عليها أو أخف منه. وظاهر «الموطأ» الإطلاق؛ ففي آخر جامع البيوع منه: عن مالك، عن ابن شهاب؛ أنه سأله عن الرجل يتكارى الدابة، ثم يكريها بأكثر مما تكاراها به، فقال: لا بأس بذلك. اهـ. واقتصر الشيخ خليل في مصنفه على الأول، فقال: وَيُكْرَهُ حُلِيٌّ، كَإِيجَارِ مُسْتَأْجِرٍ دَابَّةً أَوْ ثَوْباً لِمِثْلِهِ. اهـ. ومشى ابن عسكر في «العمدة» على الثاني فقال: وَيَجِبُ تَعْيِينُ الْمَرْكُوبِ لَا الرَّاكِبِ، وَلَهُ =

ولا يجوزُ لربِّها أن يشترِطَ على المُكترِي رَمَّها وتطيينَها، لجهالةِ ما يُنفقُ فيها. ويجوزُ إذا تطوَّعَ المُكترِي بنفقتِها، أو على أن تَكُونَ مما وجبَ عليه من أُجْرَتِها، أمَّا ما لم يجبْ بَعْدُ، حتى تكُونَ إسْلَافاً من المستأجِرِ، فلا يجوزُ(١).

= اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِنَفْسِهِ، أَوْ بِمِثْلِهِ خِفَّةً وَحَذَقاً بِالْمَسِيرِ. اهـ. نقله الحطاب.

الخامس: إذا اشترط ربها على المستأجر، أن لا يؤجرها من غيره، فقياس المذهب صحة العقد وبطلان الشرط، واستظهره الحطاب؛ لأنه لما ثبت أن محل الاستيفاء لا يتعيَّن بالعقد وإن عُين، كان اشتراطُ تعينه إبطالاً لما ثبت بالعقد، فوجب أن يبطل الشرط، كما لو اشترط إسقاط الجائحة في بيع الثمار، أو العهدة في بيع الرقيق، أو المواضعة في بيع الإماء. ويحتمل أن يبطل العقد، كما لو باعه متاعاً واشترط عليه أن لا يبيعه أو لا يهبه، أو نكحت المرأة الرجل على أن يطأها في بعض الوقت دون بعضه.

ومعنى **العهدة**: تعلق المبيع بضمان البائع، وكونه [منه]، مما يُدركه من النقص على وجه مخصوص، مدةً معلومةً. وذلك أن البيع فيما فيه العهدةُ لازمٌ لا خيار فيه، ولكنه مُترقبٌ مُراعًى؛ فإن سلم في مدة العهدة، عُلم لزومُه للمبتاع والبائعِ جميعاً، وإن أصابه نقصٌ عُلم لزومُه للبائع وثبت الخيار للمبتاع في إمضائه أو رده.

ومعنى **المواضعة**: أن توضَع الجاريةُ إذا بيعت على يد امرأة مُعدَّلة، حتى تحيض حيضةً، فإن هي حاضت كمُل البيعُ، وإن لم تحض وظهر بها حمل فُسخ البيع. قاله الباجي في «المنتقى» في المعنيين.

(١) لأن ما وجب من الأجرة يصير ديناً ثابتاً في ذمة المكتري، فيجوز للمكري التصرف فيه بما ذكر، فما أنفقه المكري في الإصلاح يكون قضاء لما عليه من الدين مع توكيل بالتصرف فيه. بخلاف ما لم يجب من الأجرة؛ فإن ما ينفقه المكتري يصير ديناً على المكري، إلى أن يُقضى من الأجرة التي يتأخر قبضها لتأخر وجوبها، فيكون في معنى فسخ الدين في الدين.

وإذا طرأ على الدَّارِ المُكتراةِ للسُّكنَى[١]، ما يمنعُ من تمام الانتفاعِ بها، فلا يَلزمُ ربَّها إصلاحُها، بل تنفسخُ الإِجَارَةُ لذلك[٢]، إلَّا أن يَتطوَّعَ بالإِصْلاحِ، أو يرضَى السَّاكنُ بالخَللِ[٣].

وإذا أصْلَحَها المُكترِي بغيرِ إذْنِ المُكْرِي، كان مُتبرِّعاً فيما أنفَقَ[٤]، فإن أذِن له ربُّ الدَّارِ بإصْلاحِها، والتزَمَ له أن ما أنفَقَ فيها فهو عليه، لزِمتْهُ جميعُ النَّفقةِ.

---

(١) وكذا سائر العقار من الحوانيت والحمامات والآبار.

(٢) وإنما لم يجب عليه الإصلاح؛ لأنه لم يضمن المنفعة بذمته، بل ضمنها بالعين التي أكراها. وقد سبق ما يترتب على الفرق بين إجارة العين وإجارة الذمة من أحكام.

(٣) وجملة القول في ذلك: أن الخلل الطارئ إما أن يكون مضرّاً بالساكن، أو غير مضر. فإن كان مضراً به كهطل المطر من السقف، وانهدام ساتر، خُيِّر بين الفسخ والرضا بالضرر مع تمام الأجرة. وإن كان غير مضر به، لم يكن له الفسخ، وتلزمه جميع الأجرة، إن كان لا ينقص معه الانتفاع، كسقوط بعض الشرفات التي لا ينتفع بها عادة، فإن كان ينقص معه الانتفاع، كسقوط تجصيصها أو ذهاب بلاطها، أو انهدام غرفة، أو سقوط شرفة ينتفع بها المستأجر، لزم المُؤْجر أن يحط من الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع، في قول ابن القاسم.

وقال غيره: يجبر المكري على إصلاح الخلل إذا كان يسيراً، سواء كان مضرّاً بالمكتري أو غير مضر.

(٤) ولا ينظر في ذلك إلى كون الخلل مضرّاً أو غير مضر، ولا إلى نقص المنفعة به أو عدم نقصها، فالحكم مطلق في ذلك.

فَصْلٌ

في إجارة السفن

لا تُكرى السُّفنُ إلَّا على البلاغ؛ بأن يُشترَط على صاحبِها أن لا يستحقَّ الأُجْرَةَ حتَّى تَصلَ السَّفينةُ إلى الميناءِ المقصودِ، ويتمكَّنَ المستأجِرُ من التّفريغ. فإن هلكتْ قبلَ الوصولِ أو قبلَ التمكُّنِ من التّفريغِ، سقطتِ الأُجْرَةُ[١]، إلَّا أن يأتيَ صاحبُ سفينةٍ أخرى فيُتمَّ العملَ، فيكونُ للأوَّلِ من الأُجْرَةِ بقدْرِ عملِهِ.

وإذا تمكَّنَ المُكْترِي من التّفريغ بعد البلاغِ، فقصَّرَ في ذلك حتَّى هلكتْ بغرَقٍ أو حرَقٍ، لزمتْهُ الأُجْرَةُ[٢].

ويجوزُ للملَّاحِ إذا خافَ على السَّفينةِ غرَقاً، أن يطرَحَ من

---

(١) وهذا معنى ما جاء في «تهذيب المدونة»: قال مالك: وكذلك السفينةُ إذا غرقت في ثلثي الطريق، وغرق ما فيها من طعام وغيره، فلا كراء لربها، ولا ضمان عليه في شيء من ذلك؛ لأنه من أمر الله تعالى، ورأى مالك أن ذلك على البلاغ. اهـ.

وقال ابن عاصم في التحفة:

وَهْوَ عَلَى البَلَاغِ إِنْ شَيْءٌ جَرَى ... فِيهَا فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الكِرَا

وإنما لم يكن لأصحاب السفن أن يكروها إلا على شرط البلاغ؛ لأن المكتري لا يحصل مقصوده من ركوبه أو حمل متاعه، ما دامت السفينة في البحر حتى تصل إلى الميناء المقصود، فأشبه الجعالة التي لا يستحق فيها الجعل إلا بتمام العمل. ومثل ذلك يقال في كراء الطائرات؛ فإن منفعتها لا تحصل ما دامت في الجو، حتى تصل إلى المطار المقصود.

(٢) وكذلك تلزمه الأجرة كاملة، إذا أفرغ متاعه من السفينة قبل البلاغ، من غير سبب مسوِّغ من حدوث خلل فيها، أو تعرضها لغرق أو غصب.

السِّلعَ ما يظنُّ حصولَ النّجاةِ بِطرحِهِ، ولا يحِلُّ طرحُ بعضِ النّاسِ لِنجاةِ الباقينَ بحالٍ[1]. وليبدأْ بطرْحِ الأثْقلِ فالأثْقلِ، والأكبرِ فالأكبرِ، والأَرْخَصِ فَالأَرْخَصِ.

وتنْعقدُ شركَةٌ جبرِيةٌ بين أصحابِ السِّلعِ المحمولةِ، في ضمانِ ما طُرحَ من الأمْوالِ، ويتناولُ الضَّمانُ السِّلعَ التِّجاريةَ دونَ

---

(١) لتساوي النفوس في الحرمة، فليست نفس الناجي بأكثر حرمة من نفس الهالك، ولهذا المعنى لم يجز طرح عبد لنجاة حر، ولا طرح كافر لنجاة مسلم، ولا امرأة لنجاة رجل. وقال اللخمي: يطرح الآدمي ويقرع بينهم في تعيينه. وهذا القول كالخرق للإجماع المنعقد على حرمة إماتة أحد من الآدميين لنجاة غيره.

ولعل اللخمي احتج لما ذهب إليه، بقوله تعالى: ﴿وَإِنَّ يُونُسَ لَمِنَ ٱلْمُرْسَلِينَ ﴿١٣٩﴾ إِذْ أَبَقَ إِلَى ٱلْفُلْكِ ٱلْمَشْحُونِ ﴿١٤٠﴾ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ﴾ [الصافات: ١٣٩ ـ ١٤١]. فقد ذكر أهل العلم بالتفسير: أنه عليه السلام، ركب مع قوم في سفينة مشحونة؛ أي: مملوءة من الحمولة، فَلَجَّت بهم، وخافوا الغرقَ، فاقترعوا على رجل يُلقونه من بينهم، يتخففون منه، فوقعت القرعة على يونس، وذلك معنى قوله: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ﴾، فقام عليه السلام، وتجرد من ثيابه، ثم ألقى بنفسه في البحر.

وأنكر القاضي أبو بكر ابن العربي في «الأحكام» أن يكون في هذه القصة متمسَّك لمثل قول اللخمي، وقال: الاقتراعُ على إلقاء الآدمي في البحر لا يجوز، فكيف المسلم؟! وإنما كان ذلك في يونس وفي زمانه، مُقدمةً لتحقيق برهانه، وزيادةً في إيمانه. وقد ظن بعض الناس أن البحر إذا هال على القوم، فاضطروا إلى تخفيف السفينة، أن القرعة تُضرب عليهم، فيُطرح بعضهم تخفيفاً. وهذا فاسد، فإنها لا تخف برمي بعض الرجال، وإنما ذلك في الأموال، وإنما يصبرون على قضاء الله.اهـ. مختصراً.

الاستعماليةِ، كفِراشِ الإنسانِ وغطائِهِ وزادِهِ[١].

فَصْلٌ
في انتهاء الإجارة

تَنتهي الإجَارَةُ إمّا بالتّراضِي على الفَسخِ فيما بقِي من المُدَّةِ، فيَسقطُ من الأُجْرَةِ بحسابِها، وإمّا بتمامِ استيفاءِ المَنْفَعَةِ[٢]، وإمّا بالانفساخِ لتَعذُّرِ الاستيفاءِ، بسببِ هَلاكِ العَيْنِ المُؤْجرةِ أو تعيُّبِها أو ضَياعِها، أو تعطُّلِ المَنْفَعَةِ المَعْقُودِ عليْهَا، وإنْ بَقِيتْ فِيهَا مَنَافِعُ أُخْرَى[٣].

---

(١) وجملة القول في ذلك: أن الأموال التي طرحت، إنما طرحت من أجل سلامة الباقي، فوجب أن تضمن الأموال الهالكة من الأموال السالمة. فإذا كانت قيمة الأموال الهالكة مئة دينار مثلاً، وقيمة الأموال التجارية السالمة مئتي دينار، فقد ضاع ثلث المال المحمول، فيرجع على من لم يطرح ماله بثلث قيمته.

وإنما لم تدخل الأشياء المعدة للاستعمال في حساب الضمان؛ لأنها مما يختص به صاحبه، فأشبهت ما يلبسه من ثوب ونعل.

(٢) سواء كانت المنفعة مقدرة بالزمن، فيستوفى منها بقدر ما ضرب لها من المدة في العقد، أو كانت مقدرة بالعمل، فتستوفى بتمامه.

والتمكن من الاستيفاء كالاستيفاء في الحكم؛ فمتى تمكن المستأجر من استيفاء المنفعة لزمته الأجرة، وإن لم يستوفها بالفعل. كما إذا اكترى سيارة لشهر، وحبسها في بيته فلم يركبها حتى مضى الشهر، فتنقضي الإجارة، وتلزمه جميع الأجرة.

(٣) مثال هلاك العين المُؤجرة ما جاء في «الرسالة»: ومن اكترى دابة بعينها إلى بلد، فماتت انفسخ الكراء فيما بقي، وكذلك الأجير يموت، والدار تنهدم قبل تمام مدة الكراء. اهـ.

=

....

= ومثال تعيبها بعيب يمنع الاستيفاء، أن تحمل المرأة المستأجرة على الرضاع، أو تمرض، فيقل لبنها.

ومثال تعطل المنفعة: انقطاع لبن المرضع، وغرق الأرض الزراعية بمياه الأمطار قبل موسم الحرث، وتعطل محرك السيارة وسائر الآلات الميكانيكية والكهربائية عن العمل، فتنفسخ الإجارة بذلك فيما بقي من المدة؛ لأن المُؤْجِر ضمن المنفعة بالعين التي سماها، فلم يلزمه الإتيان بالبدل إذا تعذر الاستيفاء منها لتلف أو عيب، كما لو اشترى منه مكيلة معلومة من صبرة طعام، فتلفت الصبرة بحرق أو شبهه من الآفات قبل تمام الكيل، فإن البيع ينفسخ في الباقي، ولا يلزم البائع إتمام المكيلة، ولو كان عنده من الطعام مثلُ الذي باعه. ولأن في إيجاب البدل عليه، خروجاً من إجارة عينٍ إلى إجارة ذمةٍ، وذلك غير جائز.

ولو شرط له المُؤجر في العقد أن يأتيه بالبدل لم يجز وكان العقد مفسوخاً؛ لأن الدابة إذا ماتت في بعض الطريق، وكان المكتري قد عجل الأجرة، فقد ثبت له في ذمة المكري ما يقابل بقية المسافة؛ فإذا كان قد شرط للمكتري أن يأتيه بدابة أخرى، فذلك اتفاق منهما على فسخ ما وجب رده من الأجرة، في منافع الدابة التي يأتي بها، وهذا من فسخ الدين في الدين، وقد ثبت النهي عنه. وتبين من هذا الاستدلال أنه يجوز الشرط إذا لم يعجل له الأجرة. ولا فرق في قول ابن القاسم بين أن يعين له البدل، مثل أن يأتيه بسيارتين فيقول له: إذا عطبت هذه فاستعمل هذه، وبين أن يضمن له المنفعة بذمته بعد التلف والعيب، كقوله: إذا عطبت السيارة، فعلي مثلها، فلا يجوز في الصورتين. وأجازه أشهب في الأولى؛ لأن البدل إذا تعين لم يكن ذلك من الدين بالدين.

وإذا ثبت أنه لا يلزم المؤجر الإتيان بالبدل كما في وسائل النقل، فلا يلزمه الإصلاح، كما في الدور والآلات الميكانيكية والكهربائية، إذا أصابها اختلال؛ لأن العقد لا يقتضيه. قال الشيخ خليل: وَلَمْ يُجْبَرْ آجِرٌ عَلَى إِصْلَاحٍ =

ولا تَنفسخُ بموتِ المستأجِرِ ولا المُؤْجِرِ(١)، ولا بهلاكِ ما استُؤجِرَ له، كمَن استأجَرَ راعياً يَرعى له غَنماً مُعيَّنَةً، أو خياطاً يخيطُ له ثوباً مُعيَّناً، فهلكتِ الغَنمُ أو باعَها ربُّها قبلَ تمامِ المُدَّةِ، أو احترقَ الثّوبُ قبلَ الخياطةِ، فعلى المستأجِرِ الإتيانُ بغنم مِثلِها وثوبٍ مِثلِه يَخيطُه، أو تسليمُ أُجْرَةِ العملِ كاملةً في المثالَيْنِ(٢).

= مُطْلَقاً .اهـ. ثم ينظر؛ فإن لم تبطل جملة المنفعة بسبب الخلل، بل نقصت نقصاً لا يضر المستأجر، مثل: الدار المؤلفة من عدة بيوت ينهدم منها بيت، لم ينفسخ العقد؛ لأن المنفعة لم تنقص في أصلها بل في قدرها، وثبت للمستأجر الحط من الأجرة بقدر نقص المنفعة، إلا أن يبادر ربها بإصلاحها، فتلزمه الأجرة كاملة؛ لأنه لم يلحقه ضرر. وإن كان الخلل مُضرّاً بأصل المنفعة من غير إبطالٍ لها جملةً، مثلُ: أن تكون الدار مبلطة مجصصة، فيذهب تبليطها وتجصيصها، ثبت الخيار للمستأجر بين الفسخ والبقاء لتمام المدة، لكن بجميع الأجرة، كالسلعة يجدها المشتري معيبة، إذا رضيها لزمه جميعُ الثمنِ.

ومن الأعذار الموجبة للفسخ أن يُجْلَى السكان عن البلد لغزو أو حرب، فتنفسخ إجارات الأراضي والفنادق والمساكن والحوانيت لتعذر الاستيفاء، وكذلك إذا أمر ظالم متسلط بغلق الحوانيت قهراً.

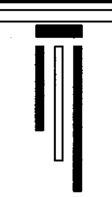
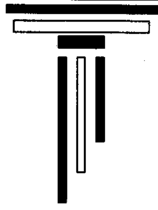
ومن ذلك أيضاً: غصب العين المُؤْجرة، أو غصب منفعتها بمثل الاستيلاء على الدار أو الحانوت ظلماً وعدواناً. ويستحق المالك أجرتها من الظالم، إذا كان قاصداً لغصب المنفعة دون العين؛ لأنه أتلف منفعتها بالتعطيل فوجبت لصاحبها قيمة ما أتلف منها، كإتلاف الأعيان.

(١) وقد تقدم بيانه في فصل لزوم الإجارة.

(٢) وذلك لأن الإجارة لازمة، والأجير قد سلم ما عليه من المنفعة، فلزم المستأجر كامل الأجرة لتمكنه من الاستيفاء، وليس تلف العين بمانع من الاستيفاء ما دام يمكنه الإتيان بالخلف، إلا أن تكون المنفعة متعلقة بعين =

....

= المستأجر له، كالصبي المستأجر لرضاعته أو تعليمه، والمريض المستأجر لعلاجه، والفرس المستأجر لترويضها، فإن الإجارة تنفسخ بموت هؤلاء لتعلق المنفعة بأعيانهم وتعذر الإتيان بأمثالهم. وأما في غير ذلك فلا تنفسخ بتلف المحل المستأجر له، قال القاضي عبد الوهاب في «المعونة»: الظاهر من مذهب أصحابنا أن [محل] استيفاء المنافع لا يتعين في الإجارة، وأنه إن عُيِّنَ فذلك كالوصف، لا ينفسخ العقد بتلفه، بخلاف العين المستأجرة إذا تلفت.اهـ. وحكى قولاً آخر في المذهب بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل المعين.

باب الجعالة

الجعالةُ[١] التزامٌ لِمَن يقومُ بعملٍ من شخصٍ مُعَيَّنٍ، أو مُبهمٍ فيمنْ يسمعونَهُ أو يَبْلُغُهم الإعلانُ، بعِوَضٍ لا يُستحقُّ إلَّا بتمامِ العملِ.

وتجوزُ في كلِّ عملٍ لا ينضبطُ للجهالةِ، ويكونُ الغرضُ منهُ حصولُ نتيجتِهِ[٢]، كمُجاعلةِ الطّبيبِ على العلاجِ حتى الشِّفاءِ،

---

(١) **الجعالة**: ضبطها النووي في «تهذيب الأسماء واللغات» بكسر الجيم وجهاً واحداً، وحكى فيها غيرُه الفتح والضم أيضاً، فهي من المثلث. قال النووي في كتابه الآنف: وأصلها في اللغة وفي اصطلاح العلماء: ما يُجعل للإنسان على شيء يفعله.اهـ. وفيها صيغ أخرى من التسمية منها الجِعال ككتاب، والجُعل كقُفل، والجَعِيلة كسفينة. والجُعل أكثر استعمالاً في تراجم هذا الباب من كتب علمائنا، كـ «المدونة» وغيرها.

(٢) يعني أن الجعالة مشروعة في الأصل في المنافع التي لا تتحقق إلا بأعمال مجهولة لا يمكن ضبطها، فقد يحصل المقصود منها بعد عمل كثير أو قليل، كطلب المفقودات، ومعالجة المريض حتى البرء.

والجعالة مشروعة على سبيل الرخصة والاستثناء، للحاجة والأدلة النقلية. أما أصلها في القياس فهو البطلان للجهالة في أحد العوضين.

ودليل جوازها من جهة النقل قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]. فقد جعل مؤذن يوسف عليه السلام حمل بعير من الطعام مكافأة لمن يأتي بصواع الملك، وأعلن أنه زعيم به عن الملك؛ أي: ضمين =

والمحامِي على تخليصِ الحقِّ من الخصْمِ بإنجاحِ القضيةِ[١]،

= أو كفيل. وشرع من قبلنا شرع لنا إلا أن يدل شرعنا على خلافه. ولحديث أبي سعيد في رقيته لسيد حي من أحياء العرب بسورة الفاتحة، في مقابل قطيع من الغنم جعل له ولأصحابه، فلما أخبروا النبي ﷺ أقرهم على ذلك، وقال لأبي سعيد: «**وَمَا يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ؟**» يعني الفاتحة. ثم قال لهم: «**قَدْ أَصَبْتُمْ! اقْسِمُوا وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ سَهْماً**». أخرجه البخاري، وترجم عليه في كتاب الإجارة: باب ما يعطى في الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب.

ووجه الحاجة إلى الجعالة: أن العمل قد يكون مجهولاً لا سبيل إلى ضبطه، كما في طلب المفقودات من البهائم وغيرها، ولا يقدر المحتاج إليه على القيام به بنفسه لعجز أو انشغال عنه بغيره، ولا يجد من يتطوع به، ولا سبيل إلى تحصيله بطريق الإجارة للجهالة اللازمة لمقصوده، فكانت الحاجة داعية إلى تحصيله بطريق الجعالة.

(١) وهي إحدى الروايتين في المذهب؛ لأن العمل في المخاصمة لا ينضبط، وغرض الموكل يتعلق بالنتيجة، فأشبهت مجاعلة الطبيب على البرء. وفي الرواية الأخرى: أن المعاوضة على الوكالة بالخصومة لا تجوز إلا على صفة الإجارة؛ أن يكون العمل معلوماً والأجر معلوماً، ويلزمهما العقد كليهما.

ولا تجوز الوكالة في الخصومة على كل حال، إلا أن يكون الخصم عالماً من نفسه أنه مظلوم حقّاً، وإلا فحرام عليه أن يقيم الدعوى على أخيه لاقتطاع حق ليس له، ولا يحل له الاستعانة بالمحامي، فإن أقامها وأنفق فيها شيئاً من المال، فهو مُختانٌ لنفسه آثم بإنفاق ماله في الباطل. ولا يحل للمحامي أن يخاصم عنه إذا علم منه ذلك؛ قال سبحانه: ﴿وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا﴾ [النساء: ١٠٥]. قال القرطبي وأصله لابن العربي: وفي هذا دليل على أن النيابة عن المبطل والمتهم في الخصومة، لا تجوز، فلا يجوز لأحد أن يخاصم عن أحد إلا بعد أن يعلم أنه محق. اهـ. وقال سبحانه: ﴿وَلَا تُجَٰدِلْ عَنِ ٱلَّذِينَ يَخْتَانُونَ أَنفُسَهُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ مَن كَانَ خَوَّانًا أَثِيمًا﴾ إلى قوله: =

وكالمجاعلةِ على تعليمِ القرآنِ الكريمِ[1]، أو صنعةٍ من الصّنائعِ،

= ﴿هَٰٓأَنتُمْ هَٰٓؤُلَآءِ جَٰدَلْتُمْ عَنْهُمْ فِى ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا فَمَن يُجَٰدِلُ ٱللَّهَ عَنْهُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ أَم مَّن يَكُونُ عَلَيْهِمْ وَكِيلًا﴾ [النساء: ١٠٧ ـ ١٠٩].

(١) والمعاوضة على تعليم القرآن الكريم جائزة إجارةً وجعالةً. قال في «تهذيب المدونة»: ولا بأس بالإجارة على تعليم قرآن؛ كل سنة أو كل شهر بكذا، أو على الحِذَاق للقرآن بكذا، أو على أن يعلمه القرآن كله أو سدسه بكذا. اهـ. يعني أن المعاوضة على تعليم القرآن تكون على ثلاثة وجوه:

الأول: أن تكون على المشاهرة، بأن يكون لكل شهر أجرة معلومة.

والثاني: أن تكون مُقاطَعَةً على القرآن كله، أو على الأجزاء، بأن يكون لكل جزء أجرة معلومة.

والثالث: أن تكون وجيبة، وهي المدة المعلومة المقطوعة بالزمن كسنة أو نصفها.

والظاهر أنه لا فرق في الجواز بين أن يكون المعقود عليه مجرد التحفيظ، أو مع تلقين القراءات التي يقرأ بها، أو تلقين القراءات فقط، أو تلقين النطق به فقط، كما في تعليم الأعاجم، إذ كل ذلك يدخل تحت معنى تعليم القرآن.

والدليل على جواز المعاوضة على تعليم القرآن تحفيظاً وإقراء وتلقيناً، قوله ﷺ: «**إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُم عَلَيْهِ أَجْراً كِتَابُ اللهِ**». أخرجه البخاري عن ابن عباس في قصة اللديغ المشار إليها في حديث أبي سعيد أول الباب. ولأنه ﷺ جعل تعليم القرآن صداقاً للمرأة ممن خطبها منه، ولم يكن معه إلا القرآن. أخرجه الشيخان عن سهل بن سعد. فإذا جاز أن يكون التعليم صداقاً جازت المعاوضة عليه بالمال. ولأنه عمل السلف فقد صح عن عطاء وأبي قلابة، أجر المعلم على تعليم القرآن، وقال الحكم بن عتيبة: ما علمت أحداً كره أجر المعلم. ذكر ذلك ابن حزم في «المحلى».

ولأن تعلم القرآن منفعة مباحة، بل هي أشرف المنافع في الدنيا والآخرة، ولا يجب على من يملكها بذلُها لمن يطلبها، فجازت المعاوضة عليها، كسائر المنافع المجمع على تحصيلها بالإجارة. وكونها في أصلها قربة =

....

= من القرب، لا يمنع من الجواز، كبناء المساجد وكتابة المصاحف. ولا سيما أن تعليم القرآن يحتاج في الواقع إلى فراغ، ويحبسه في موضع يختص بالجلوس فيه من الكتاتيب وشبهها، فينقطع بذلك عن المكاسب.

• **تنبيه في الإجارة على تعليم علوم الشريعة:**

نصَّ علماؤنا رحمهم الله على كراهة أخذ الأجرة على تعليم الفقه والفرائض، ككراهة بيع كتبهما، وعللوا ذلك بأن السلف كانوا يبذلونه احتساباً، فأخذ العوض عليه خروج عن سنتهم، وبأن في الفقه خطأً وصواباً؛ لأنه من نتائج اجتهاد المجتهدين، ولئلا يقل طلابه بأخذ الأجرة منهم على التعليم، بخلاف القرآن الكريم في التعليلات الثلاث، فإنه مرخّصٌ في الأجرة عليه من الشرع، معمولٌ بذلك عند السلف، مرغوبٌ فيه على الدوام.

والرأي عندي ـ والله أعلم ـ جواز المعاوضة على سائر علوم الشرع من غير كراهة، لا سيما أهل زماننا؛ لأن حاجة الناس إلى الفقه في الدين وتعلم علوم الشرع التي تنفعهم في معادهم، أولى من حاجتهم إلى تعلم الصنائع التي تنفعهم في معاشهم. وأما رغبة السلف عن أخذ العوض عليه، فلما كانوا عليه من الورع والتقوى والرغبة فيما عند الله من الزلفى، وقد ضعفت هذه الأحوال في الناس اليوم، والله المستعان، فلا ينشط العالم لنشر العلم، إذا لم يجد ما يحفزه على ذلك من المعاوضة، ولا ينشط الطالب للتعلم ما لم يعلم أنه سيكسب في المستقبل من علمه الذي تعلمه. والله أعلم.

واختار القول بجواز الإجارة على تعليم الفقه وبيع كتبه من غير كراهة، أبو بكر بن يونس وأبو الحسن اللخمي. قال اللخمي: ولا أرى أن يختلف فيه اليوم لنقص فهم الناس وحفظهم عمن تقدم. اهـ. فاعتبر رَحِمَهُ ٱللَّهُ تغير الزمان وحال الناس. وأشار إلى الجواز لمقتضى تغير الزمان أيضاً صاحب «نشر البنود في شرح مراقي السعود» عند قوله:

والخُلفُ في تقليدِ منْ ماتَ وفي ... بيعِ طُروسِ الفقْهِ الآنَ قد نُفِي

يعني: أن الخلاف بين العلماء في تقليد الأموات قد ارتفع الآن، وصار =

أو لغةٍ من اللُّغاتِ. وتجوزُ في حفْرِ الآبارِ[1]، والتّنقيبِ عن

= الناس مجمعين على الجواز، وكذلك الخلاف في بيع كتب الفقه، استقر الآن على الجواز.

(١) المعاوضة على حفر الآبار تجوز من طريق الإجارة والجعالة معاً.

فأما الإجارة؛ فلا تجوز إلا مع وصف قطر البئر وعمقها، ويلزمهما العقد، وإن حفر منها شيئاً ثم انهدمت لزم صاحبها من الأجرة بقدر الحفر، فإن انهدمت بعد إتمامها لزمته الأجرة بتمامها. وأما الجعالة؛ فتجوز على ما سبق من وصف البئر، إلا أن الأجير لا يلزمه العمل، ولا يستحق الأجر إلا بعد التمام، وإذا انهدمت بعد التمام لزم صاحبها الجعل كله. ولا فرق في ذلك بين بئر تحفر في ملك صاحبها، وبئر تحفر في الأراضي الموات المهملة، في قول ابن القاسم. وقال ابن المواز، واختاره كثير من شيوخ المذهب: لا تجوز المجاعلة على حفر الآبار في الأراضي المملوكة؛ لأن الشأن في الجعالة أن العامل إذا ترك العمل قبل التمام لم ينتفع به الجاعل، ورب الأرض ينتفع بحفر بعض البئر في ملكه الخاص. وهذا في الآبار التي تحفر بالطريقة اليدوية القديمة، وأما التي تحفر بأجهزة الحفر الآلي المطرقي أو الدوار، فلا ينبغي أن يختلف في جواز المجاعلة فيها في الأراضي المملوكة؛ لعدم انتفاع رب الأرض بها، إذا لم يستنبط منها ماء.

وإذا لم يُقَدَّر الحفر، بل شارطه رب الأرض على العثور على الماء، فلا يجوز العقد إلا جعالة؛ لأن الجهالة في العمل لازمة لتحصيل مقصوده، كرد البعير الشارد والعبد الآبق.

وأما اتفاق رب الأرض مع الحفار، على أن يحفر له كل متر بألف دينار مثلاً، على أنه إذا بلغ عمقاً مُسمى كمئة متر أو مئتين، ولم يعثر على الماء لم يزد على ذلك، وعلى رب الأرض أجرة جميع النقب، فالظاهر عدم جوازه أيضاً، وإن كان العمل والأجر معلومين في أجزائهما؛ لعدم انتفاع رب الأرض بالنقب ما لم يعثر على الماء، فأشبه ما لو قال له: ابحث لي عن بعيري الضال، ولك على كل يوم دينار، إلى عشرة أيام. =

المعادِنِ، وَطَلَبِ المفقوداتِ من الأمْوالِ وغيرِها، وعلى بيْعِ شيْءٍ أو إِجَارَتِهِ، وتحصيلِ دَيْنٍ من غريمٍ، وإيجادِ عملٍ أو وظيفةٍ، أو زوجٍ صالحٍ لابنتِهِ. ولا تجوزُ على مُعالجةِ المجنونِ أو المسحورِ لإخراجِ الجانِّ والسِّحرِ منهما[1].

= وهذا بخلاف حفر البئر على الصفة القديمة، فإن ربها ينتفع بما حفر له ولو لم يعثر على الماء، باستئجار من يتمم الحفر حتى يعثر على الماء، أو اتخاذها مخزناً للحبوب أو الماء مثلاً، فلذا جاز أن يشارطه على حساب المتر بدينار مثلاً، إلى أن يبلغ عمقاً مسمى، أو يصيب الماء، وله الترك متى شاء.

(١) فقد ذكر ابن فرحون في «التبصرة» والمواق في «التاج» عن ابن عاتٍّ؛ أنه قال في «طُرَره»: لا يجوز الجُعل على إخراج الجانِّ من الرجل؛ لأنه لا يُعرف حقيقتُه، ولا يوقَف عليه، ولا ينبغي لأهل الورع الدخولُ فيه. وكذلك الجُعل على حل المربوط والمسحور. اهـ.

قلت: وبناه بعض شراح خليل، على أن من شرط صحة الجعل، أن تحصل للجاعل منفعة في مقابل ما بذل من المال، حتى يتحقق في العقد معنى المعاوضة. وهو أحد قولين في المذهب، بسطهما الحطاب في كتابه «تحرير الكلام في مسائل الالتزام» وأشار إليهما الشيخ خليل بقوله: وَفِي شَرْطِ مَنْفَعَةِ الْجَاعِلِ قَوْلَانِ. اهـ.

فلو جعل رجل لرجل ألف دينار، على أن يصعد جبلاً وعراً، أو يتسلق شجرة باسقة، أو يقطع مسافة معلومة في مدة معلومة من الزمن، أو يصيب الغرض في جميع مرات الرماية أو أكثرها، لم يجز في أحد القولين، وهو الأرجح؛ لما فيه من أكل أموال الناس بالباطل. وعلى الثاني يجوز؛ لأنه ليس من المعاوضات، بل من التبرع، وهو جائز مطلقاً ومعلقاً على شرط لا ينتفع به المتبرع، كما لو قال لخادمه: من دخل داري اليوم فأعطه درهماً. وليس هذا من أكل أموال الناس بالباطل؛ فإن ذلك في أكلها بأسباب لا تجوز، كالسرقة والغصب والغش في المعاوضات. =

....

= إذا ثبت هذا، فالذي يظهر لي ـ والله أعلم بالصواب ـ أن المجاعلة على إخراج الجان وإبطال السحر، ليست من فروع المسألة السابقة، فإن الجاعل قاصد للمعاوضة في جُعله، وهو حصول الشفاء من الصرع والسحر، ولكن ـ على القول بعدم الجواز ـ تلك المنفعة غير متحققة، أو سببها غير مشروع، بخلاف الذي يعطي رجلاً ديناراً على أن يصعد جبلاً، فإنه غير قاصد للمعاوضة في جُعله.

وإذا كان ذلك كذلك، فالذي يظهر لي أن المعالجة إذا تمت بطريقة مشروعة، كأن تكون بكتاب الله أو بشيء من أسمائه الحسنى، أو من الأذكار والأدعية المأثورة أو غيرها، أو بالكلام العربي أو غيره، إذا كان واضح المعنى خالياً من الطلاسم والشرك: أن المجاعلة عليه جائزة؛ لجواز ما يفعله الراقي، وحصول منفعته للمريض.

أما جواز ما يفعله الراقي، فبالقياس على ما ثبت في السنة من الإذن في الاسترقاء من العين والحُمَة والنملة. **الحُمَة**: سم العقرب والحية وسائر الهوام. **النملة**: قروح تخرج في الجنب وغيره من الجسد. قال الحافظ ابن حجر في «الفتح»: فيلتحق بالعين جوازُ رقيةِ من به خَبَل أو مَسٌّ ونحو ذلك؛ لاشتراكها في كونها تنشأ عن أحوال شيطانية من إنسي أو جني. اهـ. وقال أبو عمر في «التمهيد»: لا أعلم خلافاً بين أهل العلم، في جواز الاسترقاء من العين والحُمَة، وقد ثبت ذلك عن النبي ﷺ، والآثار في الرُّقْيِ أكثر من أن تحصى. وقال جماعة من أهل العلم: الرُّقْي جائز من كل وجع، ومن كل ألم، ومن العين وغير العين. اهـ.

ويقال أيضاً: إن ذلك جائز من طريق عموم ترغيب النبي ﷺ في التداوي والاستطباب، مخبراً أن الله ما أنزل داء إلا أنزل له دواء. والسحر داء ومثله الصرع، فالتداوي منهما مشروع مرغب فيه، ولو لم يكن ذلك بالاستشفاء الروحاني غير المحرم. وقالت عائشة رضي الله عنها للنبي ﷺ في قصة سحر لبيد بن الأعصم له: أَفَلَا؟ أَيْ: تَنَشَّرْتَ. وفي رواية: فَهَلَّا؟ تَعْنِي: تَنَشَّرْتَ. قال ابن =

وشَرْطُ العَمَلِ المجعولِ عليه: أن يكونَ مجهُولاً(١).

= بطال في «شرحه»: يدل على جواز النُّشرة كما قال الشعبي، وأنها كانت معروفة عندهم لمداواة السحر وشبهه. ويدل قوله ﷺ: «**أَمَّا اللهُ فَقَدْ شَفَانِي**» وتركُه الإنكارَ على عائشة، على جواز استعماله لها لو لم يَشْفِه، فلا معنى لقول من أنكر النُّشرة. اهـ.

وأما حصول منفعة ما يفعله الراقي للمسترقي، فأمر محسوس مشاهد، فينبغي أن يكون جائزاً مأذوناً فيه؛ لعموم قوله ﷺ: «**مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ أَنْ يَنْفَعَ أَخَاهُ، فَلْيَفْعَلْ**». أخرجه مسلم عن جابر. قال ذلك لرجل استأذنه أن يرقي رجلاً لدغته عقرب.

فإذا قام المريض بعد الرقية نشطاً معافى مما كان يجده، فقد حصل المقصود الذي جاعَلَ عليه الراقيَ، فلا يضر بعد ذلك أن يكون المس أو السحر، أمراً مجهول الحقيقة والكُنْه. والله أعلم.

(١) فإذا ضرب الجاعل له أجلاً معلوماً، فقال: من يأتيني بمالي المفقود في ثلاثة أيام، فله مئة دينار مثلاً، أو كان العرف سارياً بتعيين مدة في ذلك، لم يجز لما فيه من زيادة الغرر، فقد ينتهي الزمن ولا يحصل المقصود، فيذهب عمله باطلاً، ولأن الجعالة رخص فيها من أجل أن المنفعة لا تحصل بعمل مقدر، فإذا اشترط التقدير كان نقضاً لموجب الرخصة وإبطالاً له.

ويلزم من هذا الشرط أن يستوي الطرفان في الجهل بمكان المفقود، فإن كان أحدهما يعلم مكانه، فسد العقد لما فيه من الغرور، ثم إن كان المجعول له هو الذي يعلمه، فإما أن يكون عنده قد وجده والتقطه، فليس له من الجعل شيء؛ لأنه يجب عليه رده لصاحبه، كما سيأتي في اللقطة، وإما أن لا يكون عنده بل يحتاج إلى عمل للإتيان به، فليس له إلا الأقل من الجعل المسمى وقيمة عمله. وقال ابن القاسم: له من الأجر بقدر تعبه ولا ينظر إلى الجعل المسمى. وإن كان ربه هو الذي يعلم مكانه، لزمه الأكثر من المسمى وجعل المثل.

والجُعلُ كالثّمنِ والأُجْرَةِ، فما جازَ أن يكون ثمناً في البيعِ وأُجْرَة في الإِجَارَةِ، جازَ أن يكون جُعلاً، ومَا لَا فَلَا.

وشَرْطُهُ: أن لا يجبَ للجاعِلِ إلّا بتَمامِ العَمَلِ، فإن شرَطَ تعجيلَه قبلَ وجوبِهِ، فسدَ العَقْدُ لفسادِ الشَّرْطِ[١].

فَصْلٌ
في صفة الجعَالة وحكمها

الجعالةُ عَقْدٌ جائزٌ غيرُ لازمٍ، فلكلٍّ منهما التَّركُ ما لم يشرعِ المجعولُ له في العملِ[٢]، فإن شرَعَ لم يلزمْهُ الاستمرارُ، ولزمَ الجاعلَ فقط. فإن أتمَّهُ، استحقَّ الجُعلَ كاملاً، فلَهُ المطالبةُ بقبضِهِ؛ عَيْناً كان أو ديناً، وتوثيقُه إن كان ديناً، برَهنٍ أو كفيلٍ قبلَ الوجوبِ وبعدَه[٣]. فإن تركَ العمَلَ قبلَ التّمامِ، لم يستحقَّ

---

(١) لأنه لما كان لا يستحق إلا بالتمام، كان اشتراط تعجيله قبل ذلك غرراً في مصيره؛ فيكون تارة جعلاً إذا تم العمل، وتارة سلفاً إذا لم يتم. فإذا تطوع به الجاعل من غير شرط جاز.

(٢) والعقود التي لا تلزم في الجملة خمسة، ذكرها أبو عمران الفاسي في «نظائره»: الجعالة، والقراض، والتحكيم، والوكالة، والمغارسة. واختلف في المساقاة، وأكثر علماء المذهب على أنها تلزم بالعقد كما سيأتي.

(٣) أما بعد وجوبه بتمام العمل، فواضح لأنه يصير ديناً لازماً ثابتاً، وأما قبل وجوبه، بأن يوثقه قبل الشروع في العمل أو قبل تمامه، فلأنه يؤول إلى اللزوم، فيجوز التوثق له اعتباراً بالمآل، على ما حكاه المازري، خلافاً لما حكاه ابن شاس وابن الحاجب والقاضي عبد الوهاب عن المذهب، من عدم الجواز إلا بعد تمام العمل. ودليل الجواز قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]. فدل على جواز الضمان (الكفالة) =

شيئاً[١]، إلَّا أن يأتيَ غيرُه فيتمَّهُ، فله من الجُعلِ بقدْرِ عملِهِ[٢].

وإذا عمِلَ عامِلٌ في قضاءِ حاجةِ غيرِه، كردِّ آبقٍ وبعيرٍ ضالٍّ، ولم يكنْ صاحبُها قد التزمَ جُعلاً لمن يَقْضِيها، أو التزمَهُ ولم يَسمعْهُ العاملُ، فلذلك حالتانِ:

إحداهما: أن يكون العاملُ معتاداً لاقتضاءِ العِوَضِ لمثلِ ذلك

= بالجعل قبل العمل، ودل بطريق القياس على جواز الرهن أيضاً؛ بجامع أن كلّاً منهما يتوثق به للدين في جانب الاستيفاء. ولأن الجعل وإن كان ديناً غير لازم في الحال، إلا أنه يؤول إلى اللزوم في ثاني حالٍ بتمام العمل، فالذي لا يلزم مطلقاً إنما هو العمل لا الجعل.

(١) كالعامل في القراض والمساقاة. فإن الأول لا يستحق الربح إلا بظهوره، فإن ترك العمل قبل ظهور الربح؛ يعني قبل بيع السلع المشتراة، وقبض أثمانها، لم يستحق شيئاً. والثاني لا يستحق الجزء المتفق عليه من الثمرة إلا بظهورها وبدو صلاحها، فإذا ترك العمل أو هرب قبل ذلك، فلا شيء له. وسيأتي كل واحد منهما مستوفى في موضعه إن شاء الله.

(٢) لأن المقصود إنما حصل بمجموع العملين، فكان كما لو تعاونا على العمل كله ابتداء. ومثال ذلك: أن يجعل لمن يحمل خشبة من مكان إلى مكان مئة، فحملها أحد السامعين للإعلان عن الجعل، إلى نصف المسافة، ثم تركها، فجاء سامع آخر فحملها في بقية المسافة، فلكل واحد منهما خمسون. أما إذا جعل ربها للثاني جعلاً جديداً مئتين مثلاً، فإن القياس يوجب أن يكون للأول مئتان مثلها؛ لأنه عمل مثل عمل الثاني. وهو قول مالك رَحِمَهُ اللهُ. والاستحسان يوجب أن يكون له أجرة مثله، ولا ينظر إلى الجعل الثاني؛ لأنه قد يكون أكثر من الأول كما مثلنا، من أجل الخوف عليها من الضياع، فلا يكون مقياساً لأجرة نصف المسافة السابقة. وهو قول ابن القاسم رَحِمَهُ اللهُ.

العَمَلِ بينَ النّاسِ. فيجبُ له على ربِّ المالِ جُعلُ مثلِهِ بقدْرِ تعبِهِ وسفَرِه وتَكلُّفِ طلبِهِ.

والثانيةُ: أن لا يكونَ معروفاً بذلك. فلا يلزمُ ربَّهُ شيْءٌ؛ لتطوُّعِهِ[1].

وتفسدُ الجعالةُ باشتراطِ اللزومِ فيها، وبجهالةِ الجُعلِ، أو اشْتِرَاطِ تَعْجِيلِهِ قَبْلَ تَمَامِ العَمَلِ. فإذا عملَ مع الفسادِ، كان له جُعلُ مثلِهِ.

* * *

(١) وما أنفق من نفقة على نفسه أثناء البحث، أو على العبد والجمل أثناء الرد، فيجب على صاحبه أن يغرمه له؛ لأن النفقة مضطر إليها في جميع الأحوال لحفظ المهج، فلا يمكن التطوع بها، بخلاف العمل، فوجب أن تغرم لصاحبها. فإن امتنع رب المال عن بذل عوض النفقة، أو بذل جعل المثل للعامل المعتاد، فله أخذ العبد أو الجمل برمته؛ لأن امتناعه عن بذل العوض رضا منه بإسلام المال للعامل.

● **تنبيه**:

ذكر ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ في باب اللقطة من «المغني» أنه لا يعلم خلافاً بين أهل العلم، في أن من رد لقطة أو ضالة، أو عمل لغيره عملاً ينتفع به، بغير جعل سابق، أنه لا يستحق شيئاً، إلا في رد العبد الآبق لتقدم عمل الصحابة في ذلك. وقد علمت أن علماءنا خالفوا في هذا الموضع، ففرقوا بين المعتاد للعمل فأوجبوا له أجر المثل، وبين غيره فلم يوجبوا له شيئاً لتطوعه؛ لا فرق عندهم في ذلك بين الإجارات والجعالات. والله أعلم.






كتاب الشركات

الشّركةُ: تعاونٌ على الكسْبِ بالأَموالِ أو الأَبدانِ(١).

---

(١) **الشّركة**: فيها لغتان؛ بفتح الشين وكسرها، مع كسر الراء في الأول، وسكونها في الثاني، مصدر شَرِك يَشرَك. ومعناها العام في الاصطلاح الفقهي، كما ذكرت في الأصل، وبتعبير أدق: الشركة عبارة عن إذن متبادل بين المتشاركين، في أن يتصرف كل واحد في مال الآخر تصرفاً تجاريّاً مشتركاً مع صاحبه، أو في أن يعمل عملاً يكون كسبه مشتركاً بينه وبين صاحبه. فيكون كل شريك فيما يقوم به من تجارة في المال، أو في مزاولة عمل يدر كسباً، أصيلاً عن نفسه في بعض ذلك المال أو العمل، ووكيلاً لشريكه في بعضه الآخر. واختصر الشيخان ابن الحاجب وخليل هذا المعنى بقولهما: الشّرِكَةُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ لَهُمَا مَعَ أَنْفُسِهِمَا.

وهذا التعريف لا يشمل القراض، فقد فرق الفقهاء بينه وبين الشركة في الترتيب الموضوعي، لما للقراض من الشبه بالإجارة. غير أنني آثرت أن أجعله من أقسام الشركة؛ لوجود معناها فيه في الجملة، فإن رب المال شريك في الربح بماله، والعامل شريك فيه بعمله، قال الباجي في «المنتقى»: القراض أحد نوعي الشركة، يكون فيها المال من أحد الشريكين والعمل من الآخر. والنوع الثاني من الشركة أن يتساويا في المال والعمل.اهـ. وقال الشيخ خليل في «التوضيح»: الشركة ثلاثة أضرب؛ شركة أموال وشركة أبدان وشركة أوجه. وشركة الأموال تنقسم ثلاثة أقسام؛ الأول: شركة مضاربة وهي القراض. . . إلخ. =

فتصِحُّ بالمالِ مع العَملِ بالأبْدانِ من الجانبيْنِ، وبأعمالِ الأبْدانِ فقطْ من الجانبيْنِ، وبالمالِ من جانبٍ، والعَملِ من جانبٍ آخَرَ وهي القراضُ، وتُسمَّى: المضاربةَ.

ولا تصِحُّ المشارَكةُ بالوجْهِ ولا بالذِّمّةِ(١).

= **أنواع الشركات التي تقع في الأموال:**

تنقسم الشركة في الأموال إلى نوعين:

الأول: شركة العقد، وهي التي تنعقد بطريقة رضائية لغرض الكسب والاستثمار، وهي موضوع هذا الباب.

والثاني: شركة الملك، وهي التي تقع في الأملاك بأسباب شتى، كاشتراك جماعة في ميراث أو هبة أو صدقة أو وقف، أو شراء عين من الأعيان. وغالباً ما تنتهي تصفيتها بالقسمة، وأحياناً تنتقل إلى شركة عقدية بتراضي الشركاء على ذلك.

• **مشروعية الشركة:**

والشركة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

فأما الكتاب؛ فقوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ﴾ [النساء: ١٢].

وأما السنة؛ فما رواه سليمان بن أبي مسلم، قال: سألت أبا المنهال عن الصرف يداً بيد؟ فقال: اشتريت أنا وشريك لي شيئاً يداً بيد ونسيئة، فجاءنا البراء بن عازب، فسألناه، فقال: فعلت أنا وشريكي زيد بن أرقم، وسألنا رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال: «**مَا كَانَ يَداً بِيَدٍ فَخُذُوهُ، وَمَا كَانَ نَسِيئَةً فَذَرُوه**». أخرجه البخاري. وقد مضى في باب البيوع الفاسدة. وفتواه ﷺ في تفاصيل ما وقع بين الشركاء، يدل بطريق التضمن على مشروعية أصل الشركة.

وكان السائب بن أبي السائب شريكاً للنبي ﷺ في أول الإسلام.

وأما الإجماع؛ فقد قال ابن قدامة: أجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة، وإنما اختلفوا في أنواع منها.

(١) وصِفَة الشركة بالوجه أن يشترك طرفان أحدهما بسلعته، والآخر بوجاهته التي تكون مَجْلَبَةً للمشترين ومحلَّ ثقة عند التجار، فيقوم ببيع السلعة =

وأَرْكانُ شركاتِ الأَمْوالِ والأعْمالِ ثلاثةٌ، وهِيَ أَرْبَعَةٌ عِنْدَ التَّفْصِيلِ:

= اعتماداً على هذه الوجاهة، ويكون الربح بينهما على ما يتفقان عليه من الأجزاء. وأما صفة الشركة بالذمم فهي أن يشترك اثنان أو أكثر بذمة فارغة، فيشترون السلع بالدَّيْن ثم يبيعونها ويقسمون الربح بالمساواة، أو بقدر ما يتكفل كل واحد من ضمان الدَّيْن.

ومن أمثلة الشركات التي تعتمد على الذمة والجاه في الصنائع والأعمال، أن يشترك اثنان على أن يلتزم أحدهما تقبل الأعمال من المتعاملين كالخياطة والنجارة والأعمال الهندسية، ويقوم الثاني بالتنفيذ. فلا تجوز هذه الشركة. قال سحنون في «المدونة»: قلت: أرأيت إن أقعدت رجلاً في حانوتي، وقلت له: أتقبل عليك المتاع، وتعمل أنت، على أن ما رزق الله فبيننا نصفين؟ قال ـ يعني ابن القاسم ـ: لا يجوز هذا عند مالك. اهـ.

ووجه بطلان شركة الوجوه؛ أن الشركة إنما تكون بمال أو بعمل، وكلاهما معدوم من جانب الوجيه، إذ لم يكن منه إلا ما يبذله من الجاه لصاحبه، ولأن رب السلعة يكون قد استعار وجه الآخر لرواج تجارته، فيكون في ذلك تدليس على الناس وغرر لهم.

وأما وجه بطلان الشركة بالذمم، فلأنها تنطوي على الضمان الفاسد. قال في «المدونة»: لأن كل واحد يقول لصاحبه: تحمَّلْ عني بنصف ما اشتريتَ على أن أتحمَّلَ عنك بنصف ما اشتريتُ. اهـ. بمعنى أن الشيء الذي أشتريه أنا بالدَّين، يكون نصف ثمنه على ذمتي، ونصفه الآخر على ذمة شريكي بموجب الشركة، وما كان على ذمة شريكي فأنا أكفله؛ لأن الشركة تقتضي الكفالة، ويكون ذلك في مقابل ما يكفلني هو في حصتي من الديون الناشئة مما يشتريه من سلع. فهذا من وجه المعاوضة على الضمان، وهو غير جائز كما سيأتي في باب الكفالة.

الأول: المتعاقدون وهم الشُّركاءُ. وشرطُ كلٍّ منهم أن يكونَ من أهلِ التّوكيلِ والتّوكُّلِ(١).

والثّاني: المحَلُّ المعقودُ عليه من مالٍ أو عمَلٍ(٢).

والثالثُ: الصِّيغةُ الدَّالةُ على المقصودِ من لفظٍ(٣)، أو إشارةٍ، أو كتابةٍ.

---

(١) فلا بد أن يكون كل شريك يملك أن يوكل غيره للتصرف في ماله، ويملك أن يتوكل لغيره بالتصرف في ماله، وذلك يقتضي أن يكون الشريك غير محجور عليه لسفه أو صغر.

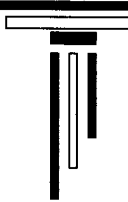
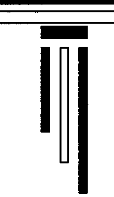
- **فرع في مشاركة المرأة والكافر والفاسق**:

لا يمتنع أن تكون المرأة عضواً في شركة، إذا التزمت آداب الشرع من الاحتشام والتصون عن المخالطة المحرمة للرجال. وأما مشاركة المسلم للكافر فتجوز بشرط أن لا يتصرف الكافر في غياب المسلم؛ لئلا يتعامل بالربا والخمر ونحو ذلك من المحرمات. وكذلك يقال في المسلم الذي لا يبالي بالحلال والحرام؛ لعموم قول رسول الله ﷺ: «**فَمَنِ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ فَقَدِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِه**».

(٢) وتفصيل هذه الجملة أن الشركة إذا كانت للتجارة في الأموال، فإن المحل المعقود عليه يتناول شيئين: المال المشترك والعمل التجاري فيه. فأما المال المشترك فتوجب الشركة فيه بيعاً متبادلاً بين الشركاء. وأما العمل فتوجب فيه توكيلاً متبادلاً بينهم. وأما إذا كانت الشركة للعمل، فالمعقود عليه هو التوكيل المتبادل بالعمل.

وأما الربح الناتج من التجارة والكسب الحاصل من العمل، فلا يدخلان في الأركان، بل هما مقصود العقد وثمرته، كانتفاع المشتري بالمبيع، والبائع بالثمن، واستمتاع الزوج بزوجته.

(٣) ويكفي قولهم: اشتركنا، إذا كان مفهماً للمقصود في العرف السائد.

باب شركات الأموال التجارية

وهي الشّركاتُ التي يكونُ رأسُ مالِها كلُّه مقْصُوداً للتِّجارةِ، ومشترَكاً بينَ جميعِ أعضائِها بسِهامٍ معلومةٍ. وليس من شرْطِها التّساوِي، ولكنه الأفضلُ لتسهيلِ المحاسبةِ.

وتنعقدُ الشّركةُ التجاريةُ على وجْهيْنِ:

أحدُهما: أن يكونَ كلُّ شريكٍ مفوَّضاً بالتَّصرفِ في المالِ؛ بيْعاً وشِراءً، وما يتعلَّقُ بهما من حقوقٍ، دون حاجةٍ إلى مراجعةِ بقيةِ شُركائِهِ في حُضورِهم ولا غيابِهم، وتُسمَّى: شركةُ المُفاوضةِ[١].

والثَّاني: أن لا يتصرفَ الشَّريكُ إلا بإذْنِ شُركائِهِ، وتُسمَّى: شركةُ عنانٍ[٢].

---

(١) ويجوز أن يكون موضوعُ التجارة جميعَ أنواع المَتَاجر، فتكون شركة المفاوضة عامة، كما يجوز أن تكون مقصورة على نوع أو بضعة أنواع، كشركة السيارات والإلكترونيات ومواد البناء.

(٢) وإذا كان بعض أعضاء الشركة مفوَّضين بالتصرف، وبعضهم الآخرين مقيدين بمراجعة الآخرين، كتعيين أحد الشركاء مديراً مفوَّضاً، فالشركة لا هي عنان ولا هي مفاوضة، بل مختلطة أو مركبة من النوعين. واستظهر الشيخ الأجهوري بطلانها، معللاً ذلك بأن الشركة يقتصر فيها على ما ورد من صفتها في الشرع. وقال العدوي في «حاشيته على الخرشي»: والذي أقوله: الظاهر الصحة. ووجه قوله: أن البطلان في العقود المشروعة =

وشرْطُ المالِ: أن يكونَ معلوماً من كلِّ شريكٍ[1]. والأصلُ أن يكونَ كلُّه نقدِيّاً متجانِساً، كالدَّنانيرِ أو الدَّرَاهِمِ. فإذا اختلفَ جنسُ

= على ما يوافق الأصول ومقتضى القياس، كالبيوع والإجارات الشركات، لا يرجع إلى كونها منعقدة على صفة غير ثابتة بالنقل، بل إلى معان أخرى من مثل الغرر والجهالة والربا وأكل مال الناس بالباطل. وما دام ذلك منتفياً في الشركة المختلطة، فالحق أن تصح. والله أعلم.

(١) كأن يشترك اثنان كل واحد بمليون دينار جزائري نقداً، أو بما قيمته يوم إنشاء الشركة، مثلُ ذلك من الأموال العينية العقارية أو المنقولة.

وليس من شرط رأس المال أن تكون حصصُه مخلوطةً؛ لا خلطاً حقيقيّاً ولا حكميّاً، خلافاً لما يوهمه كلام ابن شاس وابن الحاجب من شرطية أحدهما. والخلط الحقيقي هو الذي تمتزج فيه الحصص المشارك بها من المال، بحيث لا تتميز، كإيداعها في صندوق واحد، أو في حساب مصرفي واحد. والخلط الحكمي هو الذي تكون فيه الحصص متميزة بعضها عن بعض، إلا أنها في مكان واحد كالصندوق تجول فيه أيدي الشركاء.

وإنما لم يكن الخلط شرطاً في انعقاد الشركة، ولا في لزومها؛ لأنها عقد يقصد به الربح، فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة، ولأنه عقد على التصرف فلم يكن من شرطه الخلط كالوكالة.

وإنما يكون الخلط بنوعيه شرطاً في الضمان المشترك، بحيث إذا تلفت حصة أحد الشركاء أو بعضها قبل الخلط، لم يلزم غيره تحمل شيء من التلف، ولكن إذا اشترى بها شيئاً قبل الخلط فهو مشترك بين الجميع. وهذا ما يدل عليه قول ابن القاسم في «المدونة»: إن اشتركا بمالين سواءً، فأخرج كل واحد ذَهَبَهُ، فصَرَّها على حِدَة، وجعلا الصُّرَّتين بيد أحدهما، أو في تابوته أو خُرْجه، فضاعت واحدةٌ، فالذاهبةُ مِنْهُما. وإن بقيت صُرَّةُ كلِّ واحد منهما بيده، فضياعُها منه، حتى يَخْلِطا أو يَجْعلا الصُّرتين عند أحدهما. اهـ. من «التهذيب».

النَّقدِ، كالدَّنانيرِ من جانبٍ والدَّراهمِ من آخَرَ، لم تصِحَّ في ظاهرِ المذْهَبِ[1]. وإذا كانَ رأسُ المالِ كلُّهُ، أو في بعضِ حِصَصِهِ، عروضاً عيْنيةً، جازتِ الشّركةُ باعتبارِ القيمِ يومَ الإحضارِ، وتكونُ حصَّةُ كلِّ شريكٍ ما يَخرُجُ من قيمةِ عروضِهِ. ولا تجوزُ بالطَّعامِ إذا كان من الجانبيْنِ[2].

---

(١) وهو قول ابن القاسم. وعلله في «المدونة» بكونه شركة انضم إليها الصرف، فلم تجز، كبيع وصرف؛ وذلك أن صاحب الذهب يكون قد باع نصف دنانيره بنصف دراهم صاحب الفضة. وذهب سحنون إلى الجواز، وهو قول مالك في رواية ابن المواز. ووجهه: أن العقود المنضمة للشركة إنما تمنع من صحتها إذا كانت خارجة عنها، فإن كانت داخلة فيها لم تكن مانعة، وكذلك الشركة بدنانير من جانب ودراهم من جانب، هو صرفٌ داخلٌ في الشركة، وليس مقترناً بها، فجاز كجواز الشركة بمالين من جنس واحد.

(٢) ويتفصل القول في هذه الجملة والتي قبلها، في المسائل الآتية:

● **المسألة الأولى:**

متى انعقدت الشركة من الجانبين بالنقود المتفقة في الجنس والصفة، كالدنانير المحمدية أو اليزيدية في الزمن القديم، والدنانير الجزائرية أو التونسية في زمننا، صحت بإجماع العلماء؛ إذ بها تقوم الأموال في أعيانها ومنافعها، وهي أصول الأثمان في البياعات، ولم يزل الناس يشتركون بها من زمن النبي ﷺ إلى هلم جُرّاً من غير نكير. قال ابن المنذر: أجمعوا على أن الشركة الصحيحة؛ أن يخرج كل واحد من الشريكين مالاً مثل صاحبه، دنانيرَ أو دراهمَ، ثم يخلطان ذلك حتى يصيرَ مالاً واحداً لا يتميز، على أن يبيعا ويشتريا ما رأيا من التجارات، على أن ما كان فيه من فضل فلهما، وما كان من نقص فعليهما، فإذا فعلا ذلك صحت الشركة. اهـ.

وسواء تساوت رؤوس الأموال، أو تفاضلت، كما لو جاء هذا بألف وهذا بألفين. فإذا خلطا الألف مع الألفين حقيقة أو حكماً، وقالا: اشتركنا، =

....

= انعقدت الشركة التجارية بينهما بذلك، وانعقد أيضاً تابع ضمني في المالين يوجب شركةَ مِلكٍ في جملة رأس المال، فيصير صاحب الألف مالكاً لثلثه وصاحب الألفين لثلثيه. وعلى قدر ملكهما يتقدر الربح والخسارة.

● **المسألة الثانية:**

وأما الشركة بنقود مختلفة في الجنس، كالدنانير من جانب والدراهم من جانب، فلا تصح في قول ابن القاسم وروايته، خلافاً لسحنون، كما أسلفت.

فإذا جاء هذا بمئة دينار، وهذا بألفي درهم، وصرفُ الدينار يومئذ عشرةُ دراهم، فالشركة فاسدة على الأول. فلا يثبت شيء من أحكامها في المالين، فيبقى كل مالٍ على مِلك صاحبه وإن خلطاهما، وإذا ضاعت الدنانير فضمانها من ربها وحده، وكذلك الدراهم. وإذا اشتريا بالمالين سلعاً، كان ما اشتري بالدنانير لصاحبها، وما اشتري بالدراهم لصاحبها. فإن كان الشراء مختلطاً لا يتميز، فالسلع بينهما على قدر أموالهما يوم الشراء، فإذا كان صرف الدينار يوم الشراء بعشرة دراهم، فثلث السلعة لرب المئة دينار، وثلثاها للآخر. وإن باعاها فالثمن بينهما على هذا الحساب. وإن اختلف صرفُ الدينار من الدراهم يوم الشراء، فكان بثمانية مثلاً، فالسلعة بينهما على نسبة ٧/٢ لرب المئة دينار، و٧/٥ للآخر.

وأما على قول سحنون، فتنعقد شركة تجارية في جملة رأس المال، وشركةُ مِلكٍ في حصصه؛ يملك رب الدنانير منها الثلث ملكاً شائعاً في النقدين، ورب الدنانير الثلثين، بالنظر إلى الصرف يوم عقد الشركة. وعلى هذه النسبة يُفضُّ الربح والخسارة.

● **المسألة الثالثة:**

وأما الشركة بالنقود من جانب والعروض من آخر، فجائزة في مشهور المذهب. وذلك مثل أن يأتي هذا بمليون دينار، وهذا بسيارة، فتنعقد الشركة بينهما على رأس المال المشترك من المليون وقيمة السيارة. فإذا كانت قيمتها يوم العقد نصف مليون، فالشركة بينهما على ثلاثة أجزاء؛ ثلثان لرب الدنانير، =

....

= وثلث لرب السيارة. ويصير رب الدنانير، بمقتضى التبايع الضمني في المالين، مالكاً لثلثي السيارة، في مقابل ملك الآخر لثلث المليون.

وعلى هذه النسبة يُفض الربح والخسارة، ولا ينظر إلى قيمة السيارة بعد العقد، إذا تغيرت بزيادة أو نقص، ولا إلى الثمن الذي تباع به؛ لأن المال يصير مضموناً ضماناً مشتركاً بينهما، على قدر ملك كل منهما، من يوم الخلط.

• **المسألة الرابعة:**

وأما الشركة بالعروض من جانبين، فجائزة أيضاً في الحيوان والعقار والمنقول المثلي والمقوم. وسواء اتحد الصنف كالاشتراك بالسيارات أو الثياب أو الحلي من الجانبين، أو اختلف كالقمح من هذا والثياب من هذا، أو الثياب من هذا والحلي من هذا.

فإذا أخرج هذا عشرة أثواب وهذا حلياً، وعقدا الشركة بينهما على أن يكون الربح بقدر رأس المال، صحت وكانت بينهما على قِيَم العروض يوم الخلط، وإن سكتا عن ذكر القيم، فلم يذكرا أن قيمة الثياب كذا، وقيمة الحلي كذا. ثم ينظر؛ فإن كانت قيمة الثياب ألف دينار مثلاً، وقيمة الحلي ثلاثة آلاف، فالشركة بينهما على أربعة أجزاء شائعة في نوعي رأس المال؛ ربعها لصاحب الثياب، وثلاثة الأرباع لصاحب الحلي. ويصير صاحب الثياب، بمقتضى التبايع الضمني في المالين، مالكاً لربع الحلي، في مقابل ملك صاحب الحلي لثلاثة أرباع الثياب.

وإذا دخلا على أن قيمة الثياب مساوية لقيمة الحلي، ليكون الملك في الشركة والربح والخسارة، على المناصفة، ثم تبين عند التقويم أن قيمة الحلي ضِعف قيمة الثياب، فالشركة فاسدة. فإن ضاع شيء من الثياب أو الحلي قبل البيع، ضاع مضموناً على صاحبه ولو بعد الخلط؛ لأن شركة الملك لم تنعقد في رأس المال. وإن باعا الحلي والثياب، فثمن كل واحد منهما ما بيعت به سلعته، كما لو بيعا على الانفراد، ولو كانت الشركة صحيحة، لفُض الثمن =

....

= على ثلاثة أجزاء، على قدر القيم يوم العقد. ثم يرجع رب الثياب على رب الحلي، بأجرة مثله في فضل عمله؛ لأنه عمل نصف العمل، وكان لا يلزمه إلا على نسبة ثمن سلعته من ثمن المجموع.

● **المسألة الخامسة:**

وأما الشركة بالطعام من الجانبين، فغير صحيحة قولاً واحداً إذا اختلفت الأصناف، كأن يأتي هذا بحنطة وهذا بتمر أو زبيب أو عسل. وكذلك في آخر قولي مالك، إذا اتفق الطعامان في الصنف والصفة، كحنطة سمراء من هذا وهذا. وأجازه ابن القاسم.

ويكون الحكمُ في الملك والضمان والربح، على ما وصفنا في الشركة بالعروض من الجانبين إذا وقعت فاسدة.

● **المسألة السادسة:**

ومن الحجة لعلمائنا في جواز الشركة بالعروض من أحد الجانبين أو كليهما؛ أن مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالين جميعاً، وكون الربح بينهما، وهذا موجود في العروض كوجوده في الأثمان. وأيضاً فإن حقيقة الشركة ـ ولنفرض المسألة في عَرْضين متساويي القيمة ـ أن يُملِّك أحدُهما الآخرَ نصف عَرْضه بنصف عَرْض صاحبه، ويأذن له بالتصرف في نصف ما يملك من العرضين، فتجول أيديهما في جميع المال، وكلاهما جائز في حال الانفراد، فوجب أن يجوز في حال الاجتماع.

ولأنهما لو صرحا بالتبايع في المسألة المفروضة، فباع أحدهما لصاحبه نصف عَرْضه بنصف عرضه، ثم أذن أحدهما للآخر بالتصرف، صحت الشركة في قول المخالف. ونحن نقول بوقوع تبايع ضمني في المالين، كما سبق. وكذلك إذا كانت قيمة أحد العرضين مثلي قيمة العرض الآخر، فباع صاحب العرض الأدنى لصاحبه ثلثي عرضه بثلث عرضه. وهذا من الحيل التي يلجأ إليها المخالف في تجويز الشركة بالعروض، كما صرح بذلك المزني في «مختصره». وقال ابن القيم في «إعلام الموقعين»: ولا تمتنع هذه الحيلة على =

فَصْلٌ
في الشروط في الشركة التجارية

كلُّ شرطٍ يَجعلُهُ الشَّريكُ لنفسِهِ على سائرِ الشُّركاءِ، إذا خالفَ ما تقْتضِيهِ من التَّكافُؤِ والتعاونِ، فهو باطِلٌ ومُفسِدٌ للعَقْدِ. كاشتراطِهِ أن يكونَ ما يجبُ عليه من العَمَلِ، أو ما ينوبُه من جُملةِ الرِّبحِ،

= أصلنا، فإنها لا تبطل حقّاً، ولا تثبت باطلاً، ولا توقع في محرم.اهـ. ذكر ذلك عقب المثال الخامس والعشرين من أمثلة الحيل المشروعة.

● **المسألة السابعة:**

اختلف شيوخ المذهب في علة منع الشركة بالطعام من الجانبين. فقيل: لأنه يؤدي إلى بيع الطعام قبل قبضه، وقيل: لبُعْد الاستواء في الكيل والقيمة جميعاً. وهذان التعليلان ذكرهما ابن شاس. وفصل القاضي إسماعيل العلة الثانية، فقال: إنما كره مالكٌ الشركة بالطعام، وإن تساوى في الكيل والجودة؛ لأنه يختلف في الصفة والقيمة، ولا تجوز الشركة إلا على الاستواء في القيمة، فاحتيج في الطعام أن يستوي أمره في الشركة في الكيل والقيمة، وكان الاستواء في ذلك لا يكاد أن يجتمع فيه، فكرهه. وليس الطعام مثل الدنانير والدراهم التي هي على الاستواء عند الناس.اهـ. من «شرح ابن بطال».

والتعليل الأول يلزم عليه إبطال الشركة بالطعام من أحدهما والدراهم أو العروض من الآخر. وقد يتجه أن يقال: إن العلة في المنع، اشتمال الشركة على بيع طعام بطعام من غير تقابض، وقد سبق في كتاب البيوع أن ذلك لا يجوز. يبينه: أنهما لو اشتركا بطعامين، فجاء هذا بقنطار قمح وهذا بقنطار فول، وقيمتهما يومئذ سواء، وعقدا الشركة على ذلك، فقد تبايعا نصف القمح بنصف الفول، وصار كل واحد آذناً للآخر في التصرف في نصف ما يملك، وذلك يقتضي بقاء يد كل واحد منهما على ما باعه، فلم يحصل التقابض. والله أعلم.

أو ما يَلزَمُه من الخَسارةِ، غيرَ متناسِبٍ مع حِصَّةِ مشارَكَتِهِ(١)، أو أن تبقَى حِصَّتُهُ من رأسِ المالِ تحتَ يدِه، أو أن يحصُلَ على نفْعٍ من شريكِهِ.

ولا يصِحُّ أن يَقترِنَ بالشّركَةِ صرْفٌ، ولا سَلَفٌ، ولا قِراضٌ، ولا نِكاحٌ، على وجْهِ الشَّرطِ فيها(٢).

---

(١) وذلك يرجع في جملته إلى التكافؤ الذي لا يصح أن تنعقد الشركة إلا عليه، وهو أن تكون نسبة المشاركة متحدة في رأس المال والعمل والربح والخسارة؛ لأن عقد الشركة يوجب في جانب كل شريك جزءاً من الربح والخسارة المتوقعين، ولما كانت الخسارة مقدرة على قدر المشاركة باتفاق، وجب أن يكون الربح كذلك بجامع أن كلّاً منهما ثمرة العمل في مال الشركة. ولأن الربح نماء المال، فوجب أن يتقسط بين الشريكين على قدر ملكهما، كأجرة العقار المشترك بين اثنين.

فعلى هذا لا يجوز أن يشترك زيد بالثلث، ويكون له نصف الربح، أو عليه سدس العمل أو الخسارة المتوقعة. قال ابن شاس: فإن وقعت على التفاضل بين الأرباح وبين الأعمال ورؤوس الأموال، سقط الشرط وفسد العقد، وكان الربح والخسران على قدر رؤوس الأموال، ولزم التراد في العمل، فيرجع من قل رأس ماله على صاحبه، بأجرة المثل في نصف الزيادة. اهـ.

(٢) فلو أشركه على أن يصرف له مبلغاً من الفرنكات إلى دنانير، أو على أن يسلفه إياه، أو على أن يستثمره له بطريق المضاربة فيه، أو على أن يزوجه ابنته، فكل ذلك غير جائز؛ لأن العقود المذكورة تختص بشروط وأحكام، تتعارض في بعضها مع ما تقتضيه الشركة من شروط وأحكام. فالسلف مشروع للتبرع والإرفاق، والشركة مشروعة للمعاوضة بطريق التعاون على الكسب، فاختلفا في المقاصد. والصرف يشترط فيه التناجز في العوضين، والشركة تقتضي زمناً لحصول مقصودها. والمضاربة فيها مال من =

فَصْلٌ
في أحكام الشركة التجارية

إذا انعقَدَتِ الشّركةُ فاسِدةً، لاخْتلالِ رُكنٍ، أو وجودِ شرطٍ فاسِدٍ، وجبَ فسْخُها، فإن عَمِلُوا، كان كلُّ شريكٍ أجيراً بأُجرةِ مِثْلِ عملِهِ في حِصَصِ الآخَرِينَ(١).

= جانب وعمل من جانب، والشركة فيها مال وعمل من الجانبين.

وأما اجتماع الشركة والإجارة؛ بأن يشترط الشريك على شريكه أن يكون أجيراً له، أو يؤجره بعض ممتلكاته، فلا يجوز أيضاً على ما نقله المواق عن صاحب «الاستغناء» من قوله: إن اشتركا شركة صحيحة، على أن يعملا جميعاً، ثم استأجر أحدهما صاحبه ليتجر بنصيبه، جاز، إذا كان بمعنى أن يقسم متى أحب، وأما إن عقدا الشركة والإجارة معاً، فلا يجوز. اهـ.

• **فائدة متممة:**

«الاستغناء» كتاب في أدب القضاة والحكام، صنفه أبو القاسم خلف بن مسلمة بن عبد الغفور الأقليشي (ت٤٤٠هـ على التقريب). جمعه من وثائق أبي عمر ابن الهندي، ووثائق أبي عبد الله ابن العطار، وهما من شيوخه القرطبيين. ووصفه القاضي عياض في «المدارك» فقال: كتاب كبير، نحو خمسة عشر جزءاً، كثير الفائدة والعلم، وقفتُ عليه.

• **فرع:**

وإذا جاز للشريك بعد العقد، أن يستأجر شريكه للعمل نيابة عنه، فلا يمتنع أن يستأجر أجنبيّاً لذلك، وكذلك أفاد به الحطاب رَحِمَهُ اللَّهُ. فينبني على هذا جواز أن يكوّن الشركاء من أنفسهم مجلساً إداريّاً للشركة، ويستأجرون عمالاً للتجارة. والله أعلم.

(١) فلو اشترك رجلان كل واحد بمئة، على أن يكون الربح بينهما على ثلثين وثلث، لم تصح للتفاوت، فإن عملا عملاً متساوياً، سقطت أجرة كل واحد منهما على صاحبه، والربح بينهما نصفين. وإن عملا عملاً متفاوتاً فلمن =

وإذا انعقَدَتْ صَحيحةً، لزِمتِ الشُّركاءَ بِمُجرَّدِ العقْدِ(١)، وثبتتْ

= عمل أكثر أجرة مثله فيما زاد على عمل صاحبه. وإن اشترك أحدهما بمئة والآخر بخمسين، على أن الربح بينهما على نصفين، قُسِم الربح على قدر رؤوس أموالهما؛ ثلثين وثلثاً، وعلى صاحب المئة نصف أجرة العمل في الخمسين الزائدة لصاحبه؛ لأنهما عملا فيها معاً، فاستوجب صاحب الخمسين فيها نصف أجرتها.

وبهذا المثال يتضح معنى قول ابن المواز: وإذا اشترك ثلاثة؛ لأحدهم عشرة وللآخر خمسة، والثالث لا مال [له]، على أن الربح بينهم أثلاثاً، فربِحُوا أو خسِرُوا، فهذا فاسد. والربح والوضيعة لصاحبي المال وعليهما، على الثلث والثلثين، والذي لا مال له يأخذ أجر عمله على المالَيْنِ، وللقليلِ المالِ أجرة عمله في الخمسة الفاضلة. اهـ. من «النوادر والزيادات». ووقع في المطبوعة: وللقليل العمل أجرة عمله. وهو غلط.

(١) لا خلاف أن الاستمرار في الشركة إلى غير أمد، أو إلى أمد معلوم، كسنة أو أكثر أو أقل، لا يلزم أحداً من الشركاء، بل تفسد الشركة إذا انعقدت على هذا الشرط، على ما سيأتي بيانه.

فعلى هذا؛ للشريك الانفصال عن شريكه متى شاء، بشرط النضوض وهو بيع السلع التي بأيديهما، وقبض أثمانها، وهو ما يسميه أهل عصرنا بالتصفية.

ثم اختلف شيوخ المذهب، هل له الانفصال قبل ذلك؛ أي: بعد العقد وقبل الخلط، أو بعد الخلط وقبل الشراء؟ على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الشركة تلزم بالعقد. وهو المشهور المختار للفتوى؛ قال ابن عبد السلام الهواري في «شرح ابن الحاجب»: المذهب لزومها بالعقد دون الشروع. وقال الشيخ خليل: ولزمت بما يدل عرفاً. اهـ. فمتى أتيا من الألفاظ أو الكتابة، بما يدل على عقد الشركة بينهما، وقد سميا الأموال التي اشتركا بها، لم يكن لأحدهما أن ينفصل عن صاحبه إلا برضاه، أو بالبيع بعد الشراء الأول. =

....

= الثاني: **أنها لا تلزم إلا بالخلط**. وهو قول سحنون. فما دام مال الشريك في حيازته، لم يلزمه العقد الذي عقده مع صاحبه، حتى يصير رأس المال كله إلى حيازة الشركة.

الثالث: أنها لا تلزم مطلقاً، لا قبل الخلط ولا بعده. وحكاه ابن رشد قولاً واحداً؛ قال في «المقدمات»: وهي من العقود الجائزة، لكل واحد من المتشاركين أن ينفصل عن شريكه متى أراد، ولا يلزمه البقاء معه إلا على التكافؤ والاعتدال. اهـ.

فوجه المشهور: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، والشركة عقد فيلزم الوفاء به بمجرده. ولأن حقيقة معنى الشركة أن يبيع أحدُهما بعض ما اشترك به، للآخر ببعض ما اشترك به، ويأذن أحدهما للآخر بالتصرف في بعض حصته، فثبت أن البيع من حقيقة الشركة، وهو لازم، فوجب أن تلزم الشركة لأجل ذلك. ولأن الخلط تنفيذ لمقتضى العقد، وليس من حقيقته، فوجب أن لا يكون شرطاً في اللزوم، كقبض المبيع.

وأيضاً لو اشترى أحدهما شيئاً من السلع بماله قبل الخلط، فإن قلنا: يكون له دون شريكه، لم يجز لأنه إبطال لعقد الشركة، وإن قلنا: يكون بينهما، لم يصح إلا أن تكون لازمة بالعقد.

ووجه الثاني: أن الشركة ليست مقصودة لتمليك الأموال المشتركة، بل للتجارة فيها بتعاون من الشريكين وكفاية أحدهما الآخرَ، وذلك دليل على أن معناها لا يوجد بمجرد القول، حتى ينضم إليه فعل تكون به يد كل واحد منهما، في الجولان على رأس المال، كيد الآخر، وذلك إنما يكون بالخلط، فوجب أن لا تلزم إلا به. ولأن الاشتراك في الضمان، إنما يقع بالخلط لا بالعقد، فلو هلك مال أحدهما قبل الخلط، هلك على ضمان صاحبه، فدل على أن الشركة قبل ذلك غير تامة، وما لم تتم لم تلزم.

ووجه القول الثالث: أن حقيقة الشركة توكيل كل واحد من الشريكين =

أَحكامُها من إطْلاقِ يدِ كلِّ شريكٍ في جميعِ المالِ، بالتَّصرُّفِ التِّجارِيِّ المتعارَفِ، ويَستحِقُّ من الرِّبْحِ، ويَتحمَّلُ من الخسارَةِ، ويلزَمُهُ من العملِ، بقدْرِ حِصَّتِهِ[١].

وتوجِبُ الشّركةُ التّضامُنَ بين الشُّركاءِ فيما يَثبُتُ عليها للغَيرِ من حقوقٍ وضمانٍ[٢]، وأمانةَ كلِّ شريكٍ فيما تحتَ يدِهِ من مالِ شُرَكَائِهِ،

= للآخر، بالتجارة في بعض ماله، وأما البيع الضمني الواقع في المالين وخلطهما، فغير مقصودين لذاتهما، بل لضرورة تنفيذ التوكيل الذي هو المقصود، والوكالة جائزة غير لازمة، فكذلك الشركة. والله أعلم.

(١) ويجوز للشريك أن يتطوع لشريكه بزيادة عما يلزمه من العمل، وله أن يتبرع له ببعض ما يستحق من الربح، أو يتحمل من الخسارة أكثر مما يلزمه. كما يجوز له أن يقرضه مالاً أو يهب له هبة. فذلك كله جائز، إذا كان بعد إبرام العقد، ولم يكن مقترناً به على وجه الشرط فيه؛ بناء على أن اللاحق للعقود ليس كالواقع فيها، ولأنه إذا تبرع بزيادة في العمل أو في تحمل الخسارة، أو بشيء من الربح، فقد أسقط حقّاً بعد وجوبه بالعقد، فجاز كالعفو عن الدم بعد الجرح وعن الشفعة بعد البيع، وإبراء المرأة زوجها من المهر بعد النكاح، بخلاف ما لو تبرع عند التعاقد أو قبله، فإنه لا يجوز؛ لما فيه من إسقاط الحق قبل وجوبه، ومن التصرف فيما لا يملك.

(٢) فإذا كان على الشركة دين لشخص، فله أن يتبع به من شاء من الشركاء، ولو كان غير الذي عامله. وتستمر الكفالة المتبادلة بين الشركاء بعد انقضاء الشركة، حتى توفي ما عليها من ديون وحقوق للناس. وإذا قضى الشريك الدَّيْن رجع على شركائه بحصصهم مما غرم.

وكذلك إذا كان للشركة دين على أحد المتعاملين، فأداه إلى أحد الشركاء، برئت ذمته بذلك، وإن كان غير الذي عامله. وإذا كانت عند شخص وديعة للشركة، فردها إلى أحد الشركاء، برئ منها ولو كان غير الذي استودعها عنده. وإذا باع شخص للشركة شيئاً، فله أن يتبع بالثمن من شاء من الشركاء.

فيُصدَّقُ فيما يدَّعيهِ من تلفٍ وخسارةٍ، ما لم يظْهَرْ كذِبُه.

فَصْلٌ
في تصرف الشريك المفاوض

للشَّريكِ المفاوَضِ التَّصرُّفُ في مالِ الشّركةِ، بما يقتضِيهِ العُرْفُ التِّجاريُّ، ويكونُ ذلك لازِماً لشُركائِهِ، إذا كان عائِداً إلى تجارَتِهم، كالبَيْعِ والشِّراءِ[1]، والاستعارةِ، والإِجارةِ والاستئْجارِ[2]. وله

(١) ولا خلاف في جواز البيع والشراء نقداً، وتولي قبض الثمن من المشتري.
أما فعل ذلك بالدَّيْن ففيه تفصيل:
فأما البيع بالدَّيْن فجائز في المشهور من المذهب أن يبيع بثمن معلوم إلى أجل معلوم؛ لأن الوكالة بالتجارة التي توجبها الشركة، تنصرف إلى التجارة المعتادة، وعادة التجار أن يبيعوا بالنقد والنسيئة، ولأن القصد من البيع تحصيل الربح وهو في النسيئة أكثر.
وأما الشراء بالدَّيْن ففيه خلاف بين الشيوخ في نقل المذهب؛ فحكى ابن شاس والحاجب وابن عرفة الجواز، ما لم يتفق في العقد على المنع منه؛ لأن الشراء بالدَّيْن كالبيع به في جريان العادة التجارية، وحكى الشيخ خليل المنع مطلقاً، ولو كان ذلك باتفاق منهم عند العقد، وعليه يدل كلام «المدونة»؛ لما فيه من الاشتراك بالذمم، وقد سبق بيان وجه بطلانه.

(٢) والمراد **بالإجارة**: إجارة أموال الشركة، كسياراتها وأملاكها العقارية، **وبالاستئجار**: استئجار أموال الغير لمصلحة العمل التجاري في الشركة، كالحوانيت والمكاتب، ووسائل النقل، والمستودعات والمخازن.
ولم أجد نقلاً صريحاً لعلمائنا ـ فيما اطلعت عليه ـ يدل على حكم الإجارة لمال الشركة والاستئجار لمصلحة التجارة فيها. غير أنني لم أجد ما يقتضي المنع من ذلك، والقياس يوجب الجواز، فإن إجارة أموال الشركة بيع لمنافعها، فأشبه بيع أعيانها، وأيضاً فإن حاجة الشريك إلى الاستئجار لا تكاد =

استثمارُ بعضِ مالِ الشّركةِ بالمضارَبَةِ للغَيْرِ، وليس له أن يقْتَرِضَ على ذِمَّةِ الشّركةِ، أو يُقرِضَ أو يُعيرَ من مالِها، أو يَدخلَ به في شركةٍ تجاريةٍ أُخْرَى، إلا بإذْنِ بقيةِ الشُّركاءِ.

فَصْلٌ
في انقضاء الشركة التجارية

تنقضِي الشّركةُ بموْتِ أَحدِ الشَّريكيْنِ[١]، أو اختلالِ أهْليتِهِ بالجُنُونِ[٢]، أو تلفِ جميعِ رأسِ المالِ، وبتراضِي جميعِ الشُّركاءِ على إنهائِها، وليس لأحدِهمْ أن ينفرِدَ بذلك، إلَّا أن يكونَ بعدَ

= تنقطع في مجاري العرف التجاري، ولا توجب ضماناً في العين المستأجرة؛ لأنها مضمونة على مالكها، فوجب أن تجوز وتلزم. والله أعلم.

● **فرع في إيداع الشريك:**

لا يجوز للشريك أن يودع شيئاً من مال الشركة عند الغير بغير إذن شركائه، إلا لعذر، كنزوله بمكان مخيف، وإلا كان ضامناً للمال إذا تلف عند الوديع؛ لأن الإيداع لا تقتضيه التجارة، وقد يكون فيه تعريض لضياع المال بتسليط غير مؤتمن عليه.

(١) قال ابن القاسم في «المدونة»: إذا مات أحدهما ـ يعني الشريكين ـ لم يكن للباقي منهما أن يُحدث في المال الباقي ولا في السلع، قليلاً ولا كثيراً، إلا برضا الورثة؛ لأن الشركة حين مات أحدهما انقطعت فيما بينهما، وصار نصيب الميت للورثة. اهـ. وهذا يفيد أن الورثة إذا تراضوا بينهم، على تعيين من يقوم مقام مورثهم، في إدارة مال الشركة، ورضي الشريك الآخر، جاز الاستمرار فيها.

(٢) وكذا بالحجر عليه لسفه، وبسجنه أو أسره؛ لأنه يكون عاجزاً إما عن إنشاء العقود وفسخها، وإما عن تنفيذ مقتضاها.

النُّضُوضِ التامِّ[١]. ولا يجوزُ الاتِّفاقُ على مُدَّةٍ معلومَةٍ تنتهِي عندَها الشّركةُ كشهْرٍ أو نصفِ سَنةٍ[٢].

وإذا طَلبَ أحدُ الشُّركاءِ القِسمةَ، بعدَ انقضاءِ الشّركةِ، وجبَ على الآخَرينَ الإجابةُ لطلبِهِ.

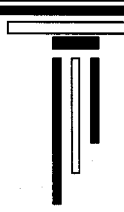
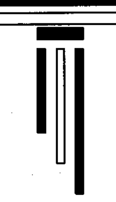
---

(١) والنُّضوض كذا هو مشهور في كتب فقهائنا وغيرهم، والمشهور عن أهل اللغة: النض والنضيض. قال في «اللسان»: نَضَّ الماءُ يَنِضُّ نَضّاً ونَضِيضاً، سالَ، وقيل: سالَ قليلاً قليلاً.اهـ. والبئر التي يخرج ماؤها على هذه الصفة؛ شيئاً فشيئاً، رشحاً، يقال لها: بئرٌ نَضُوضٌ.

ونُضوض المال تحوله من متاع إلى عين دراهم ودنانير، فيسمى المال الحاصل من هذا التحول ناضّاً ونضّاً. وإنما سمي كذلك؛ لأن السلع تصير إلى نقود شيئاً فشيئاً، كلما بِيع شيء نضَّ ثمنه في يد التاجر، كنضيض الماء في قعر البئر.

إذا اتضح هذا، فليس للشريك أن ينفرد بفسخ الشركة دون رضا شريكه، إلا بالنضوض التام للسلع التي بأيديهما، كما ذكرت في الأصل؛ لأنهما لم يشتريا السلع لقصد الاقتناء، بل لقصد إعادة بيعها لرجاء الاستفضال في أثمانها، ولو جاز للشريك أن ينفصل عن شريكه دون رضاه قبل تمام البيع، لكان ذلك قطعاً له عن حقه في المقصود من الشركة، وهو الربح المستفضَل بالنضوض. وهذا ما يجهله كثير من الشركاء، فيبغي بعضهم على بعض بالانفصال عنهم متى شاؤوا، والله المستعان.

(٢) لأن الشركة تقصد لتحصيل الربح بطريق التعاون، وذلك يرجع إلى ما يقدره الله ﷻ من الرواج والكساد للسلع، فقد يتفق أن تَنْفَقَ أسواقها وقد يتفق العكس، فلا يعلم وقت حصول البيع الذي يظهر منه الربح، قبل حلول الأجل أو بعده، فبان بذلك أن توقيت الشركة بأجل معلوم غرر في العقد لا حاجة إليه، فوجب بطلان العقد بوقوعه فيه. وهذا المعنى موجود في القراض أيضاً، فلم يجز أن يكون إلى أجل معلوم. والله أعلم.

باب شركات الأعمال أو الأبدان

وهي الشّركةُ التي تنعقِدُ على الأعْمالِ البَدَنيَّةِ أو الفِكريَّةِ، كشركاتِ الصَّيادينَ(١)، والمعلِّمينَ، والأطِبَّاءِ، والمُهندسينَ، والمُحامينَ، والوُسطاءِ التِّجاريِّينَ، والحِرفيِّينَ، وشركاتِ النَّقلِ، والتنقيبِ عن المعادِنِ.

وتصِحُّ(٢) بشروطٍ ثلاثةٍ؛ **الأوَّلُ**: أن يكونَ نوعُ العمَلِ متَّحِداً،

---

(١) وكذا سائر المكاسب من طريق إحراز الأموال المباحة التي لا مالك لها، كالاحتطاب والاحتشاش من الفيافي، ولقط ثمار الجبال والبراري كالفطر الزراعي والكمأة.

(٢) ويدل على مشروعية شركة الأبدان قول الله ﷻ: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ﴾ الآية [الأنفال: ٤١]. وجه الدليل منها: أن حكم الغنيمة في الجهاد أن تخمس، فَخُمسها لمن سُمي في الآية مما سبق إيضاحه في كتاب الجهاد، وأربعة أخماسها توزع بين المجاهدين. فدل ذلك على أنهم شركاء فيما أفاءت عليهم أسلحتهم من أموال الحربيين، وقد بينا في كتاب الجهاد أن العدو إذا انجلى عن أرضه وأمواله رعباً وخوفاً من غير قتال، فتلك الأموال لها حكم الفيء، ولا توزع على الجيش، مما يؤكد أن أموال الغنيمة مستحقة بين المقاتلين بسبب عملهم وقتالهم.

ويدل لمشروعيتها من جهة القياس والمعنى؛ أن الشركة في الأموال مقصودة لتنميتها، وأما الشركة في الأعمال فهي مقصودة لتحصيل أصل المال، فلئن شرعت الشركة لتنمية رأس المال، فلأن تشرع لتحصيل أصله أولى؛ لأن =

أو مختلِفاً، ولكنَّهُ متلازمٌ في جُملتِه[(١)]. **والثَّاني**: أن يكونَ المكانُ الذي يتقبَّلونَ فيه العمَلَ متَّحداً أيضاً، أو متعدِّداً إذا كان مشتَركاً بينهم[(٢)]. **والثَّالثُ**: أنْ تكونَ نِسبةُ المشارَكةِ بالعمَلِ، ونِسبةُ حِصَّتِهِ

= الحاجة إليه أولى من الحاجة إلى فضله. ولأن العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة فيه، كجهتها الأخرى وهي المال.

(١) يعني إذا اختلفت الصنعة، كخياط ونجار، أو طبيب ومعلم، لم تصح الشركة، إلا أن يكون بينهما تلازم، بحيث لا يعمل أحدهما إلا ويعمل الآخر، مثل أن يكون أحد الشريكين يُفَصِّل الثياب والآخر يخيطها، ومثل ذلك أيضاً ما يتم في أعمال المصانع والمطابع والمكاتب الهندسية، من الأعمال المتلازمة في الشيء الواحد.

وإنما لم تصح الشركة في الصنائع وأعمال الأبدان، إذا لم تكن على الوجه الذي وصفنا من الاتحاد أو التلازم؛ لأن المقصود من الشركة التكافي والتعاون على المكاسب، وذلك غير حاصل مع اختلاف الصنائع؛ فإن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه، ويطالب كل واحد منهما بتنفيذه، فإذا تقبل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما، لم يمكن الآخر أن يقوم به، فيختل موجب الشركة من التضامن. ولأن صنعة أحدهما قد تَنْفَقُ وتكسد صنعة الآخر، فيكون في ذلك غرر وأكل لمال الناس بالباطل.

(٢) وهذا الشرط يرجع إلى ما سبق من حيث المعنى؛ فإن اختلاف الأماكن كاختلاف الصنائع، فقد تَنْفَقُ الصنعة في أحد الحانوتين لأهمية المكان الذي هو فيه، أو لأجل ثقة الناس بالصانع، ويكون الحانوت الآخر على العكس من ذلك. ولأن التعاون المقصود من الشركة لا يحصل إلا بكونهما في محل واحد. ولهذا المعنى قلنا: إذا تعددت الأماكن وكان العمل مشتركاً بينهم فيها، جازت الشركة، كشركات النقل التي تعمل في عدة بلدان عملاً واحداً مشتركاً. وكالشركة الواحدة التي لها مكاتب متعددة في أماكن متعددة، لتَقَبُّل الأعمال، ويكون تنفيذها في مكان واحد، أو أماكن متعددة =

من الكسْبِ المَرْجُوِّ، متساوِيتيْنِ من كُلِّ شريكٍ[1].

= يتوزعه الشركاء بينهم توزيعاً متساوياً. فقد نص في «العتبية» على جواز عمل الشريكين في حانوتين مختلفين إذا كانت الصنعة واحدة، ووجهه ابن رشد بنحو ما ذكرنا من المعنى.

(١) فإذا دخلا على التساوي في العمل، والتفاضل في ما يحصل منه من كسب، فسخت الشركة، فإن عملا قُسِم الكسب بينهما على قدر أعمالهما. وحكى التسولي في «البهجة» قولاً في المذهب لم ينسُبه، بعدم شرطية السلامة من التفاوت في شركات الأبدان. والصحيح الأول كما بسطته في كتابي المفرد في «أحكام الشركات»؛ لأن الأعمال في شركات الأبدان، رؤوس أموال معنوية أو عَرْضية؛ قال في «المدونة»: لأنهما إذا اشتركا بعمل أيديهما، جُعل عملُ أيديهما مكانَ الدراهم، فما جاز في الدراهم جاز في عمل أيديهما. اهـ. فوجب لذلك أن يكون ما يحصل من مكاسب شركات الأبدان، مستحقّاً بين الشركاء على قدر أعمالهم، كالربح في شركة الأموال يكون بينهم على قدر رؤوس أموالهم. ولأن الكسب مستحق بما عليهما من ضمان إنجاز الأعمال للمستأجرين والمستصنِعين، وبما عليهما من غرم ما هلك من أموال الناس تحت أيديهما، ولا يلزم أحدَهما من هذا وذاك إلا بقدر عمله، فوجب أن يكون الكسب أيضاً على قدر عمله؛ ليكون الغنم بقدر الغرم.

إذا ثبت هذا، فالتساوي والتفاوت في الأعمال مُقدر بقيمتها لا بكميتها، فإذا كان ما يعمله المهندس المدني في اليوم الواحد، أو في المشروع الواحد، مساوياً في قيمته للنصف مما يعمله المهندس المعماري، واشتركا في عمل واحد، لم يجز أن يدخلا على المناصفة فيما يكتسبان، بل على الثلث والثلثين، لما ذكرنا من المعنى. ومثل ذلك يقال في المصحح والناسخ على الكمبيوتر في شركة الطباعة، إذا تفاوتت أعمالهما في قيمتها وإن تساوت في المدة.

وإذا كانت الصنعة واحدة، كخياطَيْن وصباغَيْن ونجارَيْن ومعلمَيْن =

وتوجِبُ شركةُ الأبْدانِ مِثْلُ شركةِ الأمْوالِ، تكافُلاً بين الشُّركاءِ، ولو بعدَ الانفصالِ، فيما يَترَتَّبُ عليها من حُقوقٍ، كتنفيذِ

= وطبيبين في اختصاص واحد، وكان أحدهما أمهر أو أسرع من الآخر، لم ينظر إلى قيمة فضله على صاحبه، وكان الكسب بينهما على التساوي؛ لأن التساوي التام في السرعة والمهارة بين شخصين، أمر نادر جدّاً في الناس؛ قال ابن القاسم في «المدونة»: والناس في الأعمال، لا بد أن يكون بعضهم أفضلَ عملاً من بعض. اهـ. فلو اعتبرت قيمة التفاوت، لتعذر أن تنعقد شركة على المناصفة. ولأن الشريكين في التجارة إذا استويا في رؤوس الأموال، كان الربح بينهما نصفين، ولو كان أحدهما أبصر بالتجارة من الآخر، فكذلك في شركة الأبدان.

والظاهر أن التفاوت بينهما في السرعة والجودة، يلغى مطلقاً قل أو كثر. ويتجه عندي أنه إنما يلغى إذا كان خفيفاً متقارباً يتسامح الناس بمثله، أما إذا كان بيِّناً متفاحشاً، فالقياس اعتبار قيمته، كطول الغيبة والمرض؛ لئلا يأكل أحدهما مال أخيه بالباطل. قال اللخمي في «التبصرة»: فإن كان أحدهما أسرع بالأمر البين، جازت على التفاضل على قدر أعمالهما، دون المساواة. اهـ.

• **فرع في إلغاء أيام المرض والسفر:**

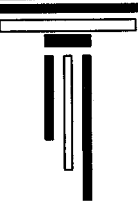
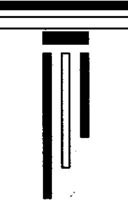
ومثل ما ذكرنا من الضرورة في التسامح بما بين الشركاء من التفاوت في المهارة، كذلك يلزم التسامح بما يحصل من تعطل بعضهم عن العمل في أوقات يسيرة لضرورة مرض أو سفر، أو حاجة لا بد منها. ففي «تهذيب المدونة»: إذا مرض أحد شريكي الصنعة، أو غاب يوماً أو يومين، فعمل صاحبه، فالعمل بينهما؛ لأن هذا أمر جائز بين الشركاء، إلا ما تفاحش من ذلك وطال، فإن العامل إن أحب أن يعطي لصاحبه نصف ما عمل جاز ذلك، إذا لم يعقدا في أصل الشركة: أن من مرض منهما أو غاب غيبة بعيدة، فما عمل الآخر فبينهما، فإن عقدا على هذا لم تجز الشركة. اهـ.

مُقتضَى العقودِ التي يُبرِمُها أحدُهم مع الغَيرِ، وَضَمَانِ ما فُقدَ أو هَلَكَ من متاعٍ للغيرِ تحتَ يدِ أحدِهِم(١).

* * *

(١) وهذا معنى قول الشيخ خليل: وَلَزِمَهُ مَا يَقْبَلُهُ صَاحِبُهُ، وَضَمَانُهُ، وَإِنْ تَفَاصَلَا. اهـ. قال الحطاب في «شرحه»: يعني أن أحد شريكي العمل، إذا قبل شيئاً ليعملا فيه، لزم شريكه الآخر أن يعمله معه، ولا يشترط أن يعقدا معاً. ويلزم أحدهما الضمان فيما أخذه صاحبه، ولو افترقا.



باب شركة القراض أو المضاربة

القِراضُ عقْدٌ بينَ ربِّ المالِ وعاملٍ فيه بالتِّجارةِ، على جُزءٍ مَعْلُومٍ من رِبحهِ المرْتَقبِ[1].

---

(١) فحقيقة عقد القراض تشتمل على توكيل الغير بالتجارة في المال، بعوض ناشئ من نمائه الذي هو الربح. ففيه معنى الإجارة والوكالة؛ لذا عرفه ابن الحاجب بقوله: إجارة على التجر في مال بجزء منه. وعرفه خليل بقوله: توكيل على تجر في نقد... إلخ.

ولكن الإجارة على التجارة تفارق القراض، في كون الأجرة فيها معلومة منفصلة عن الربح. قال الباجي في «المنتقى»: والفرق بين الإجارة على التجارة بالمال، وبين القراض: أن في الإجارة يستأجره على أن يتَّجِر له في ماله بشيء معلوم، معين مقبوض، أو مقرر في الذمة بعقد لازم، فإن جعل شيء منه في النماء المرتقب، لم يجز. ومعنى القراض أن يعامله معاملة جائزة ليعمل في ماله بجزء من نمائه المترقب، فإن صرف شيء من عوض العمل إلى غير ذلك، لم يجز. اهـ.

إذا تبين هذا، فالقراض ـ ويسمى المضاربة أيضاً ـ مشروع بالإجماع، حكاه ابن المنذر وابن حزم. قال ابن حزم في «المحلى»: عمل به المسلمون عملاً متيقناً لا خلاف فيه، ولو وجد فيه خلاف ما التُفتَ إليه؛ لأنه نقل كافة بعد كافة إلى زمن رسول الله ﷺ، وعلمه بذلك. وقد خرج ﷺ في قراض بمال خديجة رضي الله عنها. اهـ.

وروى مالك في «الموطأ» قصة وقعت لعبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب، لدى مَقْدَمِهما على أبيهما من عند أبي موسى الأشعري عامله =

....

= بالبصرة، فأسلفهما مالاً لبيت المال، وأذن لهما أن يشتريا به متاعاً من العراق ويبيعانه بالمدينة، فيردان رأس المال، وينتفعان بالربح. فاتجرا فيه وربحا، فلما أخبرا عمر بذلك أمرهما بجعل المال وربحه في بيت المال، فأشار عليه أحد جلسائه أن يجعل الربح قراضاً، فيكون نصفه لهما ونصفه لبيت المال، ففعل.

ووجه مشروعيته من جهة المعنى: أن النقود من الدنانير والدراهم لا تنمو إلا بالتجارة فيها، وليس كل مالك لها بقادر على تنميتها بنفسه، كالنساء والضعفاء من الرجال والذين لا يهتدون إلى وجوه التجارة، وما تقتضيه من الضرب في الأرض وتشجم الأسفار، كما قال تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]، وليس يجوز له إجارتها ممن ينميها، فإن ذلك من الربا المحرم، فلولا المضاربة لتعطل نماؤها في أيدي أصحابها، فشرعت هذه المعاملة للتوصل بها إلى تنمية هذا النوع من المال. والله أعلم.

● **فائدة متممة:**

باب القراض من الأبواب التي فصل مالك رَحِمَهُ اللَّهُ أحكامها في كتابه «الموطأ».

وترجمة الباب بهذه التسمية هو المشهور المعروف في كتب فقهائنا وسائر فقهاء الحجاز. وأما فقهاء العراق فالمعروف عندهم اسم المضاربة، وهي تسمية مستعملة في كتبنا على تقلل، من ذلك قول البراذعي في «التهذيب»: ولا يجوز للمقارَض الشراء بالدَّيْن على القراض؛ فإن اشترى بجميع المال عبداً، ثم اشترى عبداً ثانياً بدَين، فرهن فيه الأولَ لم يجز ذلك. ولو أمره رب المال أن يشتري بالدَّين على المضاربة كانت مضاربة لا تحل، ولو جاز هذا جاز أن يقارضه بغير مال.اهـ.

أما تسميته قراضاً؛ فقيل: لأنه مشتق من القرض وهو القطع؛ وذلك أن صاحب المال يقتطع من ماله قطعة يسلمها إلى العامل، على قطعة من الربح يجعلها له. =

وأركانُه أربعةٌ كسائرِ العقودِ: العاقدانِ، والصِّيغةُ، والمعقودُ عليه.

والعاقدانِ: ربُّ المالِ؛ ويُسمَّى مقارِضاً ومضارَباً، بكسر الرَّاء في الأوَّلِ وفتحِها في الثَّاني، **والعاملُ**؛ ويُسمَّى مقارَضاً ومضارِباً، بالفتح في الأوَّلِ والكسرِ في الثَّاني. وشرطُ الأوَّلِ أن يكونَ من أهلِ التَّوكيلِ، وشرطُ الثَّاني أن يكونَ من أهلِ التَّوكلِ(١).

وينعقِدُ القِراضُ بما يدلُّ على المقصُودِ منه من قولٍ، أو كِتابةٍ، أو إشارةٍ مُفهِمةٍ.

فَصْلٌ
في المعقود عليه

والمعقودُ عليه شيئانِ: رأسُ المالِ، والعَمَلُ التِّجاريُّ.

= وأما تسميته مضاربة؛ فقيل: إن ذلك مأخوذ من الضرب في الأرض وهو السفر في أطرافها للتجارة؛ قال الله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠].

(١) فلا يكون محجوراً على رب المال في التصرف فيه، ولا يكون العامل عبداً غير مأذون له بالتجارة.

● **فرع في تعدد المتعاقدين**:

قال ابن شاس: ولو تعدد العامل واتحد المالك، أو بالعكس، فلا حرج، غير أنه يشترط في تعدد العامل توزيع الربح بينهم على قدر أعمالهم. اهـ. فبان بهذا أن الممول قد يكون واحداً من الأشخاص الطبيعيين، أو الاعتباريين كالبنك، ويكون العاملون مجموعة من الأفراد، فيكون العمل شركة بينهم، ويستحق كل واحد منهم من الربح بقدر حصته من العمل.

وشرْطُ رأسِ المالِ: أن يكونَ نقْداً، مَعلوماً مُعيَّناً، مُسلَّماً للعامِلِ على وجْهِ المضاربَةِ فيه.

فلا يَصِحُّ القِراضُ بغيرِ النُّقودِ من سائرِ الأمْوالِ العيْنيةِ المِثليةِ والمُقوَّمةِ؛ لا بأعيانِها ولا بقِيَمِها[1]، ولا برأسِ مالٍ مجهولٍ في

---

(١) أما القراض بالنقدين الدراهم والدنانير؛ فمجمع عليه، نقله ابن القطان في «الإقناع» عن ابن المنذر وغيره، وعلى ذلك عرفت هذه المعاملة في الجاهلية والإسلام. وتجري العملات الحديثة مجرى النقدين في هذا، كجريانها مجراهما في الربا والزكاة؛ لأنها حلت محلهما في كونها أثماناً للأعيان والمنافع، وبها تُقوَّم عند التلف والحاجة، وليس في أيدي الناس اليوم غيرُها.

وأما العروض والسلع؛ فلا تجوز المقارضة بها في قول جمهور أهل العلم، ومنهم مالك، خلافاً لما حكاه عنه بعض الحنفية كالسرخسي والكاساني، من تصحيح ذلك. قال الزيلعي في «تبيين الحقائق»: وما كُتِب في بعض كُتُب أصحابنا؛ أن عند مالك تصح المضاربة بالعروض، لم أجده في كتبهم، بل ذُكر فيها: لا تصح بالعروض.اهـ. **قلت:** نص عليه في «الموطأ» فقال: لا يصلح القراض إلا في العين من الذهب أو الوَرِق، ولا يكون في شيء من العروض والسلع.

وتقرير الدليل على بطلان المقارضة بالسلع والعروض، على ما يتحصل من قول مالك في «الموطأ»، أن يقال:

لا يخلو الحال من أن تقع المضاربة بالعروض؛ إما على أثمانها أو أعيانها، أو قيمها.

فإن جعل رأس المال أثمانها، كان ذلك مقارضة بمال مجهول ومتأخر القبض، وفيه أيضاً زيادة عمل يزدادها رب المال على العامل في تكليفه بيع العروض، مع ما في ذلك من تأخيره عن العمل لوقت قبض ثمنها.

وإن جعل رأس المال قيمة العروض، كان العامل غير متمكن من =

جنسِهِ أو قَدْرِه، ولا بما يبْقَى تحتَ يدِ ربِّهِ(١)، ولا بدَيْنٍ للمقارِضِ على العامِلِ، حتى يَقبِضَهُ منه، ولا يكفِي إحضارُه بينَ يديْهِ، ولا بوَديعةٍ حتى يَرُدَّها إلى صاحِبِها، ثم يَقبِضَها منه قبْضاً جديداً(٢).

= التصرف فيه؛ لأنه إنما يتصرف في العين دون القيمة، فلم يجز جعل القيمة رأسَ مالٍ.

وإن جعل رأس المال أعيان العروض، لم يجز أيضاً؛ يبينه: أن القراض مشتمل على غرر في أصله، في عوض العامل؛ لأنه جزء من الربح الذي هو على خطر الوجود والعدم. فالقياس يوجب بطلانه، وإنما أجيز من طريق الرخصة والتوسعة، للإجماع والحاجة. والمقارضة بالعروض تزيده غرراً على غرر؛ لأن العامل قد يبيعها بمئة، ثم يشتري بثمنها سلعة فيبيعها بمئتين، ثم يتفاصلان فيشتري عروضاً مثلها ليردها لربها، فيجدها بمئتين، فتذهب أجرة العامل في ثمنها، أو يجدها بخمسين، فيذهب بعض رأس المال في الربح.

قال ابن شاس: والضابط لهذا الحكم، أن كل ما تختلف قيمته بالارتفاع والانخفاض، لا يُجعل رأسَ مالٍ؛ لأنه إذا رد بالأجرة إليه لم يتميز الربح، إذ ربما ارتفعت قيمته فيستغرق رأس المال جميع الربح أو بعضه، أو تنقص قيمته فيصير بعض رأس المال ربحاً. اهـ.

(١) والمقصود من هذا الشرط، أن تكون يد العامل مطلقة في التصرف بالمال، وذلك يقتضي أن لا يكون لصاحبه يد عليه، لا بنفسه ولا بوكيله، ولا باشتراطه عليه مراجعته ومشاورته. قال ابن شاس: فلو شرط المالك أن تكون له يد، أو يُراجَع في التصرف، أو يُراجَع وكيله، فسد القراض؛ لأنه تضييق للتجارة. اهـ.

(٢) **أما الدَّين:**

فمِثلُ أن يكون لرجل على آخر ألف دينار، فيسأله أن يقرها بيده يعمل فيها قراضاً، على جزء مسمى من الربح كالنصف والثلث، فلا يجوز، وحكى ابن المنذر عليه الإجماع في «الإشراف» فقال: وأجمع كل من يحفظ عنه من =

. . . .

= أهل العلم، [أنه] لا يجيز أن يجعل الرجل ديناً له على رجل مضاربةً.اهـ. وعلله مالك في «الموطأ» بسد الذريعة إلى الزيادة في الدَّين في مقابل تأخيره، فقال: وإنما ذلك مخافةَ أن يكون أعسر بماله، فهو يريد أن يؤخر ذلك، على أن يزيده فيه.اهـ.

ولأن ما في ذمة المدين لا يصير ملكاً للدائن حتى يعيِّنه ويُقبضه إياه، فما لم يقبضه إياه فهو على ملك المدين، فلا يمكن جعله رأس مال في القراض. وإن أحضره، فقال له الدائن: خذه قراضاً، لم يجز حتى يقبضه ثم يرده إليه ـ وهو ظاهر «الموطأ» في ترجمة: السلف في القراض، ونص عليه صراحة في «الموازية» ـ لأنه لا يبرأ بمجرد إحضاره حتى ينضم إليه قبضٌ أو إشهاد على الإحضار.

فإن وقع كان الربح خالصاً للعامل؛ لأنه عمِلَ في ملكه، والخسارة عليه. ويستمر الدين في ذمته على ما كان.

ولو كان الدين على رجل، وقارضَ ربُّه به رجلاً غيرَه، لم يجز كذلك، خلافاً لما حكاه ابن قدامة من إجازة ذلك في قولهم جميعاً. وذلك مثل أن يكون له ألف دينار على زيد، فيأمر عمراً بقبضها على أن يعمل فيها على جزء من الربح يسميه له، فلا يجوز لما ذكرنا من أنه لا ينعقد عليه القراض قبل قبضه من المدين. ولأن رب المال يزداد على العامل شيئاً لا يقتضيه العقد، وهو تكليفُه قبضَ الدين من غريمه، فكان كما لو قال له: خذ هذا الثوب فبعه بمئة، واعمل في ثمنه على جزء من ربحه. ولأن العامل غير متمكن من التصرف في رأس المال في الحال، وقد يجد الغريم معسراً أو مماطلاً، فيكون القراض قد انعقد على مال فيه غرر.

فإن قبض الدين وعمل فيه، كان له أجر مثله في التقاضي، وقراض مثله في عمله.

وأما الوديعة:

فمثل أن يكون لك ألف دينار وديعة عند زيد، فتأمر عمراً أن يقبضها منه =

وشرْطُ العمَلِ: أن يكونَ تجارةً، يستقلُّ بها العامِلُ عن المالِكِ، غيرَ مُضيَّقٍ عليه فيها بالزَّمانِ ولا المكانِ ولا أنْواعِ المَتاجِرِ.

= ويعمل فيها على جزء من الربح، فلا يجوز لأنك ازددت عليه عملاً لا يقتضيه العقد، كما في الأمر بقبض الدين والمضاربة به، والأمر ببيع عرض والمضاربة بثمنه، وصرف الدنانير إلى دراهم والمضاربة بها. ولأن العامل غير متمكن من التصرف في رأس المال في الحال، وأيضاً فإن الذي عنده الوديعة قد يجحدها، أو يدعي تلفها أو ضياعها، فيكون القراض قد انعقد على مال فيه غرر.

ولو كان الذي قارضته هو الذي عنده الوديعة، لم يجز أيضاً في قول ابن القاسم، حتى يردها لربها ثم يقبضها منه قبضاً جديداً، أو يُحضرها ويُشهد عليها؛ للخوف أن يكون قد استنفقها، فصارت دَيناً عليه، فإذا قارضه ربه بها قبل الرد، كان قراضاً بدين، وقد بينَّا وجه المنع منه. فإن وقع القراض على الوديعة قبل الرد، كان فاسداً مستحقّاً للفسخ، فإن لم يفسخ حتى عمل الوديعُ فاتَّجر فيها، كان الربح خالصاً لربها وعليه الخسارة. وللعامل أجر مثله في عمله؛ لأنه عمل في المال عملاً هو مأذون فيه غيرُ متبرع به، فوجب له العوض في الجملة، ولما بطل أن يكون مضارباً تعين كونه أجيراً. وهذا بخلاف ما لو اتجر في الوديعة بغير إذن ربها، فهو متعد، فيملكها بما استقر عليه من الضمان لمثلها، فيختص بربحها وعليه خُسْرها.

وذهب ابن المواز إلى جواز القراض بالوديعة وإن لم يحضرها، وهو قول جمهور الفقهاء؛ لأنها على ملك ربها وضمانه، وليس الوديع إلا وكيلاً بالحفظ، وذلك لا يمنع من مقارضته بها، كالمال المسلَّم إليه عند العقد.

وروى ابن القاسم في «العتبية» عن مالك: أنه كان يكره القراض بالوديعة، فإن وقع مضى والربح بينهما. واقتصر عليه ابن شاس في «عقد الجواهر». والله أعلم.

فلا يَصِحُّ أن يَشترِطَ رَبُّ المَالِ على العامِلِ ما ليس بِتجارةٍ، كخياطةِ الثِّيابِ، وصَوْغِ الحلي، وخَرْزِ الجُلودِ[1]، ولا أن يُضيقَ عليه بتعيينِ مَنْ يَشترِي أو يَبيعُ منه، أو بتعيينِ نوْعِ السِّلعةِ التي يتاجِرُ فيها، إذا كان رواجُها يتقطَّعُ في الزَّمنِ؛ فيوجدُ تارةً ويُعدمُ أُخرى[2]، ولا أن يُقيِّده بزمانٍ أو مكانٍ مُعيَّنيْنِ يُتاجرُ فيهما، إلَّا أن تكونَ مدينةً كبيرةً أو قُطْراً لا يُضرُّ فيه التَّقْييدُ.

فَصْلٌ
في الربح

والرِّبحُ يكونُ بينَهما على ما اشتَرَطا من الأَجْزَاءِ المَعْلومةِ من غيرِ حَدٍّ في ذلك[3]. ويجوزُ جعْلُه خالِصاً لأحدِهما، أو لغيرِهما،

---

(١) فإن اشترط ذلك كان العامل مضارباً في رأس المال، وأجيراً في الخياطة وما ذكر معها من الأمثلة، ولا يجوز انضمام الإجارة إلى القراض على وجه الشرط فيه، كما سيأتي.

(٢) وأما منع العامل من معاملة شخص معين، أو من التجارة في نوع معين من السلع، أو في سوق معينة، فيجوز لأنه ليس فيه تضييق عليه. قال مالك في «الموطأ»: من اشترط على من قارض أن لا يشتري حيواناً أو سلعة باسمها، فلا بأس بذلك. ومن اشترط على من قارض أن لا يشتري إلا سلعة كذا وكذا، فإن ذلك مكروه، إلا أن تكون السلعة التي أمره أن لا يشتري غيرها، كثيرة موجودة، لا تُخلفُ في شتاء ولا صيف، فلا بأس بذلك. وقال في موضع آخر: ولا يجوز لرجل أن يشترط على من قارضه، أن لا يشتري إلا من فلان؛ لرجل يسميه، فذلك غير جائز؛ لأنه يصير رسولاً بأجر غير معروف. اهـ.

(٣) قال مالك في «الموطأ»: والقراض جائز على ما تراضى عليه رب =

أو بينَهما وبين غيرِهما، كالفُقراءِ والأقاربِ والجهاتِ الخيريةِ(١).

= المال والعامل، من نصف الربح أو ثلثه أو ربعه، أو أقل أو أكثر.اهـ. وعلى ذلك أجمع أهل العلم، قال ابن المنذر في «الإجماع»: أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه، أو ما يجتمعان عليه، بعد أن يكون ذلك معلوماً جزءاً من أجزاء.اهـ.

وتعلم نسبة الربح بصراحة من القول، وبما يفهم من ذلك عرفاً، كقول المالك للعامل: لك شِرْك أو شركة أو نحن شركاء في ربحه، إذا كان العرف يفسر معنى ذلك بالمناصفة أو غيرها من الأجزاء.

فإذا كانت نسبة المشاركة في الربح مجهولةً أو مبهمةً، كأن يقول له: اعمل في هذا المال قراضاً، أو بجزء، أو شيء أو نصيب من ربحه، لم تصح المضاربة للجهالة، فإذا عمل العامل رد إلى قراض مثله. ولو قال: على أن لك شِرْكاً في الربح، أو نحن شركاء فيه، ولم يوجد عرف يفسره، لم تصح المضاربة كذلك في قول ابن القاسم؛ لأنها تسمية تحتمل جميع الأجزاء من غير بيان، فأشبهت ما لو قال له: على أن لك جزءاً أو نصيباً من الربح. وقال غيره: يصح القراض، ويحمل على المناصفة؛ لقوله تعالى في ميراث الإخوة للأم: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ﴾ [النساء: ١٢]. يعني: متساوين، فلو كانوا اثنين كان بينهما نصفين.

● **فرع في تغيير نسبة الربح بعد العقد:**

يجوز الاتفاق على تغيير النسبة بعد العقد؛ لأنها جائزة ابتداء، فجازت لاحقاً، ولأن النسبة الجديدة تقتضي على النسبة الأولى تبرعاً من أحد العاقدين للآخر، وذلك جائز.

(١) في هذه الجملة مسألتان:

الأولى: الاتفاق على جعل الربح كله لأحدهما.

والثانية: جعل الربح مشتركاً بينهما وبين جهة ثالثة، على نسب معلومة يتفقان عليها.

فأما في المسألة الأولى؛ فالقراض صحيح ولا يخرج بذلك عن سنته =

ولا يَجوزُ أن يَشترِطَ أحدُهما لنفسِهِ مَبْلغاً مقطُوعاً من الرِّبحِ(١)، ولا أن يَشترِطَ ربُّ المالِ على العامِلِ، خراجاً معلوماً

= وحكمه، سواء جعل الربح لرب المال أم للعامل. وإذا جعل الربح خالصاً لرب المال، فلا ضمان على العامل فيما يحصل من تلف أو خسارة، كما لو كانت له حصة في ربحه، بل هاهنا أولى لأنه متبرع بعمله لرب المال. وأما إذا جعل الربح خالصاً للعامل، فلا يضمن الخسارة والتلف أيضاً إذا صرح بالقراض في العقد، كقوله: خذ هذا المال فاعمل فيه قراضاً أو مضاربة، ولك ربحه، وكذلك إذا اشترط العامل أنه غير ضامن للمال. أما إذا سكت عن تسمية القراض، فإن الضمان يلزمه؛ لأن العقد ينصرف إلى حكم القرض.

وأما في المسألة الثانية؛ فالعقد صحيح أيضاً، وليس من شرط صحة القراض أن ينحصر الربح بينهما؛ لأنه لما ثبت جواز التبرع من أحدهما للآخر ببعض الربح أو كله، جاز التبرع منهما لغيرهما ببعض الربح أو كله، ولأنه من التعاون على البر والتقوى، بتبرع العامل بعمله ورب المال بربح ماله. والله أعلم.

(١) قال مالك في «الموطأ» في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً، واشترط عليه فيه شيئاً من الربح خالصاً دون صاحبه؛ فإن ذلك لا يصلح، وإن كان درهماً واحداً. وليس على ذلك قراض المسلمين. اهـ. مختصراً. وأكده بمعناه في الباب الذي يليه. وأجمع العلماء على ذلك، قال ابن المنذر: أجمعوا على إبطال القراض الذي يشترِط [فيه] أحدُهما أو كلاهما، لنفسه دراهم معلومة. اهـ. وقول مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: وليس على ذلك قراض المسلمين، معناه: أن سنة القراض وصفته التي أجازها المسلمون، أن ما يرزق الله من ربح فهو بينهما على نسبة معلومة، واشتراط أحدهما مبلغاً مقطوعاً منه يُدخل جهالة في النسبة. ولأن الربح قد لا يكون إلا ذلك المبلغ المشترط أو دونه، فيختص به مشترِطُه دون الآخر، وكل ذلك عدول بالقراض عن سنته.

إذا ثبت هذا، فلا فرق بين أن يكون المبلغ المسمى، شرطاً زائداً على =

يُؤَدِّيهِ إليْهِ علَى حِسَابِ الشُّهُورِ أو السِّنِينَ مَثَلاً، على أن يكونَ الرِّبحُ كلُّه خالِصاً له(١).

= نصيب مشترطِه من الربح، كمئةٍ زيادةً على الثلث أو النصف، وبين أن يكون جميعَ ما يشترط في نصيبه، مثل: أن يشترط لنفسه ألفاً من الربح، والبقية لصاحبه، فلا يجوز في الصورتين؛ لأنه يدخل جهالة في النسبة، فلم يكن من قراض المسلمين.

● فرع:

ولو اشترط أحدهما مبلغاً مسمى من غير الربح، مثل أن يدفع له ألف دينار، ليتجر فيها على أن له مئة دينار، والربح كله لربها، أو العكس، فهذا عقد فاسد بكل حال وليس من المضاربة في شيء؛ لأن معناها يقتضي وجود مشاركةٍ واختصاصها بالربح دون غيره، وكلاهما منتفٍ في هذه المعاملة.

فإن قيل: لِمَ لا يكون جائزاً من طريق الإجارة، لوجود معناها فيه وإن سمياه قراضاً؟ قيل: إن كان المبلغ المسمى مشترَطاً للعامل على رب المال، فهي إجارة فاسدة لجهالة العمل الذي يعمله في التجارة برأس المال. وإن كان العكس، كان إجارة للنقود، وهو يشبه الربا؛ لأنه كأنه أقرضه المال لينتفع بالتجارة فيه، على أن يرد إليه مثله وزيادة.

(١) وسواء كان الخراج المشروط من رب المال على العامل، مستقلّاً عن رأس المال، كألف لكل شهر أو لكل سنة، أم كان نسبة مضروبة عليه كخمسة بالمئة شهريّاً أو سنويّاً، على نحو ما تتعامل به البنوك الربوية، فإن العقد باطل في الصورتين؛ لما فيه من إجارة النقود، وهي لا تجوز، فإن النقود من الأموال الاستهلاكية التي لا تحصل منفعتها إلا باستهلاك أعيانها، والإجارة مبنية على تحصيل المنفعة مع بقاء العين، فامتنع التعامل في النقود بالإجارة.

وهذا بخلاف ما إذا جعل رب المال للعامل عوضاً معلوماً متناسباً مع الزمن، كألف لكل شهر أو لكل سنة، فإنه يجوز إذا كان من خارج الربح؛ =

فَصْلٌ

في الشروط في القراض

الشُّروطُ الجَعليةُ المُفسِدةُ لعقْدِ القِراضِ على نوعينِ: شرْطٌ هو عقدٌ آخَرُ يقترِنُ به، كالبَيْعِ، والإجارَةِ، والصَّرفِ، والسَّلَفِ، والنِّكاحِ[١]. وشرْطٌ هو قيدٌ يُدخَلُ على ما يقتضِيهِ العقْدُ من حُكمٍ في المالِ، أو التَّصرُّفِ، أو الرِّبحِ، فيكونُ مناقِضاً له. كاشْتراطِ ربِّ المالِ ضمانَهُ على العامِلِ، أو تَحمُّلَ جزءٍ من الخسارةِ المُتوقَّعةِ فيه[٢]، أو على أن يبقَى المَالُ تحتَ يدِه، أو أن يَجعلَ معه محاسِباً

= لأنه إجارة على التجارة، بأجرة معلومة مقبوضة أو مضمونة في ذمة المستأجر. ولا يجوز إن كان من الربح؛ لما فيه من الغرر والمخاطرة؛ لأن الربح قد يحصل وقد لا يحصل، فأشبه بيع ما ستحمل الأنثى، وما ستثمر الشجرة.

(١) قال مالك في «الموطأ»: ولا يكون مع القراض بيع ولا كراء، ولا عمل، ولا سلف. قال الباجي في «شرحه»: يريد أنه لا يجوز أن يشتمل عليهما عقد واحد. وجه ذلك: أن هذه عقود لازمة، وعقد القراض عقد جائز، والجواز ضد اللزوم، فلما تنافى مقتضاهما لم يصح أن يجتمعا في عقد؛ لأن ذلك يخرج أحدهما عن مقتضاه ويوجب فساده، وإذا فسد أحدهما فسد الآخر لاشتمال العقد عليهما. اهـ.

(٢) قال مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «الموطأ»، في الرجل يدفع إلى رجل مالاً قراضاً، ويشترط على الذي دفع إليه المالَ الضمانَ، قال: لا يجوز لصاحب المال أن يشترط في ماله غير ما وُضع القراض عليه، وما مضى من سنة المسلمين فيه. اهـ. يعني أن القراض شرع وعرف التعامل به بين المسلمين على الصفة التي تكون يد العامل فيها يد أمانة. وكذلك الخسارة لا تكون إلا من رأس المال، وليس على العامل منها شيء، وعلى ذلك إجماع المسلمين، قال ابن قدامة في «المغني»: متى شَرَط على المضارِب ضمانَ المال، أو سهماً من الوضيعة، فالشرط باطل، لا نعلم فيه خلافاً. اهـ.

عليه، أو أن يَعملَ معه بنفسِهِ أو بوكيلِهِ، أو أن يعملَ عَمَلاً آخَرَ زائِداً علـى التِّجارةِ، إلَّا أن يكونَ خفيفاً ومُعتاداً، أو أن لا يَبيعَ أو لا يشترِيَ إلَّا من شخصٍ معيَّنٍ، أو لا يُتاجِرَ إلَّا في زمانٍ أو مكانٍ أو سلعةٍ مُعيَّنِينَ، على نحوِ ما تقدَّمَ إيضاحُه.

فَصْلٌ
في صفة العقد

عقْدُ القِراضِ جائِزٌ غيرُ لازِمٍ، فلِكُلٍّ منهما ترْكُه بغيرِ رِضا صاحِبِه، إلَّا أن يتعلَّقَ به حَقٌّ للآخَرِ[1]. وهو عقْدٌ مُطلَقٌ في الزّمانِ لا يجوزُ تقييدُه بِمُدَّةٍ مُعيَّنةٍ ينتهي عندَها، كالشّركةِ[2].

---

(١) كما إذا اشترى العامل سلعة ببعض رأس المال أو كله، فليس له أن يرد المال إلى صاحبه حتى يتم النضوض ببيع السلعة وقبض أثمانها، وليس لرب المال أن يسترده قبل النضوض؛ لأن المال إذا صار سلعة فقد تعلق به حق كل منهما، لتوقع الربح في أثمانها. وكذلك إذا سافر المضارِب بالمال، فليس لربه أن يفسخ العقد ليسترد المال من يده، حتى يشتري ويبيع ما اشترى.

(٢) قال مالك في «الموطأ»: لا يجوز للذي يأخذ المال قراضاً أن يشترط أن يعمل فيه سنين لا ينزع منه. قال: ولا يصلح لصاحب المال أن يشترط: أنك لا ترده إليَّ سنين، لأجل يسميانه؛ لأن القراض لا يكون إلى أجل.اهـ. فلو اشترط رب المال أن لا يرده العامل إليه إلا بعد سنة مثلاً، أو اشترط العامل ذلك، أو اتفقا على مدة معلومة ينتهي عندها العقد، فإن القراض يفسد بهذه الصفة؛ لأنه شرط يناقض الصفة التي بينا أن القراض شرع عليها، من كونه لا يلزم العاقدين التمادي فيه، بل لكل منهما فسخه متى شاء. ولأنه عقد يصح مطلقاً، فبطل مؤجلاً كالبيع والنكاح.

فَصْلٌ
في حكم القراض الفاسد

إذا انعقَدَ القِراضُ فاسِداً؛ لاختلالِ رُكنٍ فيه، أو وجودِ شرْطٍ فاسِدٍ، وجبَ فسْخُه لِحقِّ الشَّرعِ، فإن عَمِلَا على الفسادِ، ففيه روايتانِ عن مالكٍ؛ **إحداهُما**: يُردُّ العامِلُ إلى قِراضِ مثلِه في الرِّبحِ إذا ظهرَ. **والثانيةُ**: يُردُّ إلى إجارةِ مثلِهِ في عملِهِ، وللمالِكِ جميعُ الرِّبْحِ(١).

---

(١) والفرق بين قراض المثل وأجرة المثل: أن العوض في قراض المثل متعلق بالربح كما ذكرت، فإن لم يكن في المال ربح، فلا شيء للعامل، وأما أجرة المثل فهي متعلقة بذمة رب المال، فتلزمه في جميع الأحوال، سواء حصل ربح أم لم يحصل.

وما ذكرته من الروايتين عن مالك في القراض الفاسد، هو ما نقله القاضي عبد الوهاب في «المعونة»، واقتصر عليه في «التلقين». وبالرواية الأولى قال أشهب وابن الماجشون من أصحابه؛ إنه يرد إلى قراض المثل، وهو القياس، واستظهره القاضي عبد الوهاب. ووجه الرواية الثانية برده إلى أجرة المثل: أن القراض مشروع على خلاف الأصل الذي هو الإجارة، فمتى وقع فاسداً رد إلى صحيح أصله.

وذهب سائر أصحاب مالك؛ ابن القاسم وابن عبد الحكم ومطرف وأصبغ، إلى تفصيل الحكم فيه، فردوا بعض أنواعه إلى قراض المثل، وبعضها الآخر إلى إجارة المثل. وهو تفصيل أوضحه ابن شاس في «عقد الجواهر».

ومشى الشيخ خليل في «المختصر» على تفصيل قول ابن القاسم في «المدونة». والله أعلم.

فَصْلٌ
في أحكام القراض الصحيح

إذا قَبَضَ العامِلُ المالَ من ربِّهِ، كانتْ يدُه عليه يَدَ أمانَةٍ، في الحِفظِ والتَّصرُّفِ، فهو مُصدَّقٌ فيما يَدَّعِي من رِبحٍ أو خسارةٍ أو تلفٍ، ولا يضمَنُ إلَّا أن يتعدَّى[(١)].

والعامِلُ كالوكيلِ في تصرُّفِهِ بالمالِ، فلا يَبيعُ بالدَّينِ إلَّا بإذْنِ المالكِ[(٢)]،

---

(١) وإذا قبض المال من المقارض بغير بينة، فهو مصدق في دعوى رده بيمينه، أما إذا أخذه ببينة، فلا يصدق إلا ببينة، كالوديعة. قال الشيخ خليل: وَالقَوْلُ قَوْلُ العَامِلِ فِي تَلَفِهِ وَخَسْرِهِ، وَرَدِّهِ إِلَى رَبِّهِ إِنْ قُبِضَ بِلَا بَيِّنَةٍ. اهـ.

(٢) لأنه وكيل، والوكيل ليس له أن يتَّجِر إلا على النظر والاحتياط لموكله، وذلك يقتضي أن لا يبيع بالنسيئة إلا بإذنه؛ لأن في البيع بالنسيئة تغريراً بالمال وتعريضاً له للضياع، فقد يُفلّس الغريم أو يسافر إلى بلد بعيد، أو يمتنع من القضاء ولا يقدر عليه.

فإذا تعدى وباع شيئاً بالدَّيْن من غير إذن سابق من رب المال، ضمن الثمن حتى يقبضه من المشتري؛ لأنه تصرف في مال غيره بغير إذنه، فلزمه الضمان كالغاصب، وإذا باعه بخُسران، مثل أن تكون ثياباً اشتراها بمئة، وباعها بثمانين نسيئة، لزمه ضمان الخسارة أيضاً في مشهور المذهب؛ لأن النقص حصل بتعديه، فأشبه ما لو أتلف بعض رأس المال عمداً، أو صرفه في غير التجارة. ولو باعه بربح لم يختص به دون رب المال، بل هو بينهما على شرطهما؛ لأن القراض باقٍ بحاله لم يبطل بالتعدي.

والقاعدة العامة في هذا الباب: أن العامل متى تعدى في التصرف بالمال، كان ضامناً لتلفه وخسارته، ولا يسقط حقه ولا حق رب المال في الربح إذا حصل؛ لأن التعدي لا يبطل العقد.

ولا يَشْتري به ولو كانَ مأذُوناً فيه[١]. وليس له أن يَشْترِيَ من رَبِّ المالِ[٢]، ولا أن يُقارِضَ شخصاً آخَرَ إلا بإذْنِهِ[٣].

---

(١) لأن عقد القراض محصور برأس المال، فإذا أذن المالك للعامل بالشراء بالدَّيْن، كان ذلك إذناً فيما لا يملك، فإذا اشترى به، كانت السلعة المشتراة على ملك العامل، فله ربحها وعليه خسارتها، كما لو اشترى بأكثر من رأس المال، فإن الزائد يكون على ملكه. قال الشيخ خليل: وَلَا يَجُوزُ اشْتِرَاؤُهُ مِنْ رَبِّهِ، أَوْ بِنَسِيئَةٍ وَإِنْ أَذِنَ، أَوْ بِأَكْثَرَ.اهـ. يعني: لا يجوز للعامل أن يشتري سلعة من رب المال، ولا يشتريها بالدَّيْن، وإن أذن له رب المال، ولا بأكثر من رأس المال.

(٢) سدّاً لذريعة القراض بالسلع؛ وذلك أن العامل يكون حينئذ قد رد جزءاً من رأس المال وهو ثمن الشراء، إلى ربه، وأخذ بدله سلعاً، فتكون تلك السلع جزءاً من رأس المال.

(٣) نص عليه في «الموطأ»؛ قال مالك في رجل أخذ من رجل مالاً قراضاً، ثم دفعه إلى رجل آخر، فعمل فيه قراضاً بغير إذن صاحبه: إنه ضامن للمال إن نقص فعليه النقصان، وإن ربح فلصاحب المال شرطه من الربح، ثم يكون للذي عمل شرطه بما بقي من المال.اهـ.

فإن تعدَّى، فهو ضامن لما يصيب المال من تلف أو خسارة، كما قال مالك، وإن ربح الثاني فالربح بينه وبين رب المال؛ لأن الربح مستحق إما بالمال أو بالعمل، وكلاهما لم يوجدا من المضارب الوسيط.

ثم إذا كانت النسبة في القراض الأول مساوية للنسبة في الثاني، فالأمر واضح. وإن كانت في الأول: (٥٠٪) للمالك و(٥٠٪) للوسيط، وفي الثاني: (٦٠٪) للوسيط و(٤٠٪) للثاني، فللمالك حصته الأولى (٥٠٪)، مع النسبة الزائدة وهي (١٠٪)، وهي فرق ما بين نسبة المضارب الوسيط ونسبة المضارب الثاني. وإذا كانت في الثاني: (٤٠٪) للوسيط و(٦٠٪) للثاني، فللمالك حصته الأولى (٥٠٪)، وللعامل الثاني الباقي (٥٠٪)، ويرجع بـ(١٠٪) على الوسيط ليبلغ تمام حصته التي اشترطها عليه، وهي(٦٠٪).

وعلى هذا المثال تقاس سائر النسب.

ويجوزُ للعامِلِ السَّفرُ بالمالِ للتِّجارةِ فيه، إلا أن يمنعَهُ المالكُ(١)، فإن سافرَ استحقَّ نفقتَهُ بالمَعْرُوفِ من رأسِ المالِ إن كانَ من الكثرةِ بحيثُ يَحتمِلُها(٢).

---

(١) فإن منعه ثم تعدى، ضمن التلف والخسارة، مع بقاء حقه في الربح؛ لأنه موجَب العقد، والتعدي لا يبطله.

وإنما جاز له السفر من غير حاجة إلى إذن صريح من رب المال؛ لأن من عادة التجار التقلب بالمال في وجوه التجارة سفراً وحضراً، بل إن مكاسب التجارة تعتمد في الأصل على جلب السلع من بلد إلى بلد، والضرب في الأرض لأجل ذلك، ومنه اشتق اسم المضاربة؛ قال تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]. ولهذا امتن الله تعالى علينا بتسخير وسائل السفر في طلب التجارة وجلب المنافع، بقوله: ﴿رَّبُّكُمُ ٱلَّذِى يُزْجِى لَكُمُ ٱلْفُلْكَ فِى ٱلْبَحْرِ لِتَبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِهِۦٓ إِنَّهُۥ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [الإسراء: ٦٦].

(٢) نص عليه مالك في «الموطأ» و«المدونة». ومعناه: أن العامل إذا شَخَصَ للسفر بمال القراض، فنفقته واجبة في رأس المال إذا كان مبلغه يحتملها، بمقتضى إطلاق العقد، فلا تفتقر إلى اشتراط يصرح به لرب المال.

فإذا سافر سفراً قريباً أو بعيداً، أنفق على نفسه من رأس المال، فيما يصلحه من مأكل ومشرب وسكنى، نفقة بالمعروف لا تقتير فيها ولا إسراف، في ذهابه وإيابه وفي إقامته ببلد التجارة. وله أن يكتسي، وأطلقه مالك في «الموطأ» فتناول قريب السفر وبعيده، إلا أنه قيده في «المدونة» بما إذا كانت المدة بعيدة، يحتاج معها إلى كسوة، وأما في المدة القريبة فلا.

وإنما وجبت له النفقة إذا خرج إلى بلد ليس مستوطِناً له، ولا له فيه أهل؛ لأن السفر يقطعه عن أهله وماله، ويوجب عليه نفقات زائدة على حضره قد تستغرق حصته من الربح. ولأنه إنما خرج من أجل العمل في المال وانقطع له في سائر أوقاته، فأشبه الزوجة فإنها إنما استوجبت نفقتها على =

ولا يَستحِقُّ العامِلُ حِصَّتَهُ من الرِّبحِ بِمُجَرَّدِ ظُهورِه، بل بالمقاسمةِ عند الانْفِصَالِ(١). فإذا وقع نقصٌ في المالِ بتلَفٍ قبلَ

= زوجها بتسليم نفسها للدخول؛ لأنها حبست نفسها على منفعته في سائر أوقاتها.

ويستثنى من هذا الحكم أسفار القُرَب كالحج والغزو، فإن المضارب إذا خرج إليها بالمال، لم يستوجب فيه نفقة عند علمائنا، إلا في قول ابن المواز رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فإنه أوجب له النفقة قياساً على سائر الأسفار، ولقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨]. يعني: التجارة في موسم الحج، كما ثبت عن ابن عباس. ووجه المشهور: أن هذا السفر يقصد لعمل البر والقربة، فلا ينفق فيه المسافر من نفقة، إلا كتب له بها عمل صالح، كما قال الله تعالى في المجاهدين: ﴿وَلَا يُنفِقُونَ نَفَقَةً صَغِيرَةً وَلَا كَبِيرَةً وَلَا يَقْطَعُونَ وَادِيًا إِلَّا كُتِبَ لَهُمْ لِيَجْزِيَهُمُ ٱللَّهُ أَحْسَنَ مَا كَانُواْ يَعْمَلُونَ﴾ [التوبة: ١٢١]. فلما كانت نفقة أسفار القربات قربة إلى الله تعالى كسائر أعماله البدنية، كما دلت الآية الآنفة على ذلك بالجمع بين النفقة وقطع الوديان، لم يجز إذ ذاك أن تكون محلاً للمعاوضة، فلم يستحق المضارب إذا كان حاجّاً أو غازياً أن يحتسبها على رب المال. والله أعلم.

(١) وذلك يرجع إلى أن الربح لما كان يظهر ويخفى أثناء الحركة التجارية، فقد يحصل ربح وخسارة في مرة واحدة، وقد يحصلان في صفقتين متعاقبتين، أو في سفرتين متعاقبتين. وإذا كان كذلك فالخسارة السابقة مجبورة بالربح اللاحق. ولا خلاف فيه بين العلماء على ما ذكره ابن قدامة في «المغني»، فلذلك لم يتعلق حق العامل في الربح بمجرد ظهوره، حتى ينضم إليه الانفصال والمقاسمة، فتكون حصته متعلقة بآخر ربح تمت عليه المقاسمة. ولأن العامل يستحق الربح بعمله، وهو لا يتم إلا بالقسمة، فوجب أن لا يستحق الربح إلا عند ذلك؛ يدل على ذلك أنه إذا قال له: إن خطت هذا الثوب فلك دينار، فإنه لا يستحق الدينار إلا بعد الفراغ والتسليم، فكذلك في مسألتنا. =

التَّشغيلِ أو بعدَه، أو بخسارةٍ في بيعِ السِّلعِ، جُبرَ رأسُ المالِ من الرِّبحِ اللَّاحقِ، فإن لم يكنْ، فمن رأسِ المالِ، ولا يضمنُ العامِلُ منها شيْئاً(١).

= وعلى هذا إذا ترك المضارِب العمل قبل النضوض التام بتحول السلع إلى نقود، فإنه لا يستحق شيئاً؛ لأن المقاسمة في هذه الحالة لا تكون إلا بالتراضي على الانفصال، ولم يوجد من جهة رب المال. وأما إذا مات بعد مباشرة التجارة بالتصرف في رأس المال، وقبل النضوض التام، فإن لورثته أن يختاروا وكيلاً عنهم أميناً بصيراً بالتجارة، ليتم العمل، فيلزمُ رَبَّ المال تسليمُه إليه؛ لأن حق الربح الذي يرجونه، قد تعلق فيما اشتراه مُورثهم، فلم يكن لرب المال إبطاله عليهم، كما لم يكن له إبطاله على مُورثهم أن لو بقي حيّاً. فإن لم يفعلوا وجب عليهم تسليم المال كله لربه، ولا شيء لهم.

(١) مثال ذلك: أن يكون رأس المال مئة دينار، فيُشغِله العامل للمرة الأولى، فيخسر فيه عشرين ديناراً، أو يسرق منه عشرون في يده قبل التصرف، فيُشغِله ثانيةً فيربح أربعين، فيُجبر منها المبلغ الذاهب في الخسارة السابقة أو السرقة، وتبقى عشرون ديناراً هي الربح الذي يوزع بينهما إذا تفاصلا عند ذلك. فإن لم يربح في المرة الثانية شيئاً فالخسارة تجبر من المئة التي هي رأس المال، فيرجع إلى ربه منه ثمانون ديناراً، وليس على العامل شيء؛ لأنه خسر جهده.

• **تنبيه:**

لو وقع نقص بخسارة أو تلف في رأس المال، ثم اتفقا على استئناف قراض جديد بما بقي منه، فإن ذلك لا يصح في رواية ابن القاسم، إلا بعد أن يقبض رب المال بقية ماله قبضاً صحيحاً، ثم يدفعه بعد ذلك إلى العامل قراضاً مستأنفاً، كالدَّيْن والوديعة. وروى ابن حبيب عن مالك وابن الماجشون صحة إنشاء قراض جديد بالباقي بعد التحاسب، من غير حاجة إلى إحضار المال أو قبضه من ربه.

وإذا تَقَاسَمَا ما ظَهَرَ من الرِّبحِ، أو بعضاً منْهُ، على غيرِ محاسبةٍ، ولا اعتقادِ مفاصلةٍ، فوقعَ نقصانٌ في رأسِ المالِ، فإنه يُجبرُ من الرِّبحِ الذي اقتسَمَاهُ ولو استغرَقَهُ(١).

فَصْلٌ
في زكاة مال القراض

إذا حالَ الحولُ على رأسِ المالِ من يومِ زَكاتِهِ السَّابقَةِ، أو من يومِ مَلَكَهُ ربُّهُ، وَجبتْ فيه زكاةٌ جديدةٌ. وزكاةُ الرِّبحِ تتبعُ أصلَهُ في النِّصابِ والحوْلِ(٢)، وعلى كلِّ واحدٍ منهما زكاةُ حِصّتِه. ولكلٍّ

---

(١) وعلى هذا؛ إذا كان رأس المال مليون دينار جزائري، وكان القراض على المناصفة، واتفقا على أن يأخذا في كل شهر منها عشرة آلاف بينهما لحاجتهما، على تقدير أن تكون من الربح الظاهر، فإذا صار رأس المال عند المفاصلة تسعمئة ألف، وبلغ القدر المأخوذ مئة وخمسين ألفاً، جبر رأس المال منها بمئة ألف، فعلى العامل رد نصفها لرب المال. وتبقى خمسون ألفاً ربحاً مستقرّاً بينهما. فقد نقل ابن شاس عن ابن حبيب قوله: إذا كانا يقتسمان الربح على غير المحاسبة ولا اعتقاد مفاصلة، جبر المال بالربح الذي اقتسما إن كان فيه نقصان.اهـ.

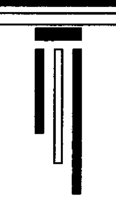
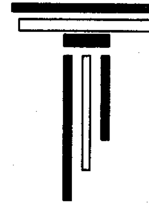
(٢) وقد سبق في زكاة التجارة من كتاب الزكاة، بيان وجه أن تكون الأرباح في أموال التجارة تابعة لرؤوس الأموال في حولها، فإذا ظهر ربح في أثناء الحول وجبت فيه الزكاة لحول أصله قلَّ أو كثر، إذا كان ربه من أهل الزكاة: مسلماً، حُرّاً، غيرَ مدين بدين ليس له ما يجعله في مقابله من نقود أو عروض. ولما كان الربح تابعاً لرأس المال في اعتبار النصاب، فإن حصة العامل في مال القراض تجب فيها الزكاة قلَّت أو كثرت، إذا كان العامل من أهل الزكاة.

منهما اشْتِراطُ زكاةِ الرِّبحِ على صاحِبِه، ولا يجوزُ أن يَشترِطَ المالِكُ على العامِلِ زكاةَ رأسِ المالِ[١].

* * *

(١) أما جواز اشتراط جعل زكاة الربح كله على أحدهما، فلأنه يؤول إلى الاتفاق على نسبة حقيقية تختلف قليلاً عن النسبة المتفق عليها في الربح، وذلك لا يمتنع. وأما عدم جواز اشتراط رب المال زكاته على العامل، فلأنه شيء زائد على ما توجبه سنة القراض في جانب العامل، فأشبه ما لو اشترط عليه مبلغاً معلوماً زيادة على حصته في الربح. والله أعلم.



باب الشركات الزراعية

تجوزُ الشّركةُ في الاستثمارِ الزِّراعِيِّ[1]، ويتناولُ العقْدُ ثلاثةَ

---

(١) **معنى الشركة الزراعية**: أن يشترك اثنان أو أكثر، في واحد أو أكثر من ثلاثة أشياء؛ الأرض المعدة للزرع، والبذر المزروع فيها، والعتاد الفلاحي من الدواب والآلات مع العمل عليه. ويكون المحصول الزراعي بينهم على أجزاء معلومة.

وهذا يقتضي أن المزارعة تقع على صور عديدة، بعضها يجوز وبعضها لا يجوز، على ما أفصله عما قريب إن شاء الله.

والشركة الزراعية في صورها الجائزة، مشروعة بدليلين: الأصل والقياس.

أما الأصل؛ فلأن المعاوضات، ومثلها المعاملات وهي العقود التي يمتد تنفيذها في الزمن، جائزة ما لم تشتمل على مفسد كالغرر والجهالة والربا، وإن لم يوجد دليل من الشرع يدل على جوازها بخصوصها، ولا كان لها أصل من العقود المسماة ترد إليه. فكانت المزارعة جائزة من طريق الأصل، أن لو فرضنا عدم وجود أصل لها ترد إليه وتحمل عليه. ومثلها المغارسة.

وأما القياس؛ فإن الزرع مال ينمى بالعمل فيه، فجازت الشركة في نمائه كالتجارة في الأموال النقدية. ولأن الشركة الزراعية تعاون في المكاسب، فجازت كالتعاون بالشركة في أعمال الأبدان.

والعبرة تقتضي جوازها كذلك، فقد يكون شخص عنده أرض لا يقدر على زراعتها بنفسه، لكونه من النساء أو الضعفاء أو ليس من أهل الفلاحة، أو لا يقدر على زراعة جميعها لكثرتها، ويكون عند آخر وسائل الفلاحة ولا أرض له، وكلاهما يحتاج إلى الزرع لأن به قوام الأبدان، فيشتركان في الزراعة، على هذا الأرض والبذر، وعلى هذا العمل. =

أشياءَ؛ الأرضَ المُعدَّةَ للزَّرعِ، والبَذْرَ المزروعَ فيها، والعتادَ الفِلاحِيَّ مع العملِ عليه[1]. ولا تصِحُّ إلَّا إذا توفَّرَ فيها شَرْطانِ:

أحدهما: أن يَسْلَمَ العقْدُ من مُقابَلَةِ مَنفعَةِ الأرْضِ أو بعضِها، بما لا يَجوزُ كِرَاؤُها به، على مَا تقدَّم في الإجارَةِ[2].

= • **فرع: في الوقت الذي تلزم فيه الشركة الزراعية:**

اختلفت الرواية في المذهب في وقت لزوم الشركة الزراعية، على ثلاثة أقوال، نقلها الحطاب والمواق:

الأول: أنها تلزم بمجرد التعاقد. وهو قول ابن الماجشون وسحنون وابن كنانة، ورواه محمد بن سحنون في كتابه عن ابن القاسم. قال المتيطي في «وثائقه»: الشركة في الزرع جائزة، وهي لازمة بالعقد، كالكراء والبيع.

الثاني: أنها تلزم بالبذر، فلكل واحد منهما أن ينفصل عن صاحبه ما لم يبذر. وهو معنى قول ابن القاسم في «المدونة»، ونصُّ رواية أصبغ عنه في «العتبية». وعليه اقتصر الشيخ خليل؛ فقال: لِكُلٍّ فَسْخُ المُزَارَعَةِ، إنْ لَمْ يُبْذَرْ. وهذا هو الأرجح المعتمد.

الثالث: أنها تلزم بالشروع في أي عمل ولو قبل إلقاء البذر، كتسوية الأرض وتقليبها. وهو قول ابن كنانة في «المبسوط»، وبه جرت الفتوى في قرطبة.

وقد وجهت هذه الأقوال بما يناسب من الدليل في كتاب «أحكام الشركات» فليراجع منه.

(١) ولا ينفصل العتاد عن العمل في الشركة الزراعية، على معنى أن الذي يكون عليه العمل هو الذي يكون عليه العتاد والأدوات الفلاحية.

(٢) في فصل شرط الأجرة من باب شروط العوضين. وقد بينت فيه أن الأراضي الزراعية لا يجوز إجارتها بشيئين؛ أحدهما: ما تنبته، والثاني: الطعام.

فمن أكرى أرضه من آخر بشيء مما يخرج منها، لم يجز، سواء كان =

والثَّاني: أن يَدخُلا على التَّناسبِ بينَ قيمةِ ما يُشارِكُ به كلُّ طَرَفٍ، من مالٍ أو عملٍ، وبينَ حِصَّتِهِ في المحصولِ[(١)].

فإذا وقعتِ الشّركةُ بينهما في الأرْضِ والبَذْرِ والعتادِ والعملِ، صحَّتْ إذا كانتِ المشاركةُ على المناصفةِ في ذلك وفي المحصولِ الزِّراعِيِّ، فإذا شرَطَ أحدُهما ثُلثيْهِ، لم تصِحَّ للتفاضُلِ. وإذا كان العملُ على أحدِ الشَّريكيْنِ في مقابِلِ البَذْرِ من الشَّريكِ الآخَرِ،

= مما يطعمه ابن آدم كالحبوب والبقول، أو مما لا يطعمه كالقطن والقصب والكتان. وكذلك إذا أكراها بشيء من الطعام لم يجز، سواء كان مما تخرجه كالحبوب والثمار، أو مما لا تخرجه، كالسمن والعسل والسكر.

وإذا أعطى الرجل أرضه لمن يحرثها بجزء من الزرع كالنصف والثلث والربع، أو أربعة أخماس كما كان يُعامَلُ الخماسون في بلاد المغرب، فقد أكراها بما يخرج منها، فلم يجز وهو من المخابرة والمزارعة والمحاقلة التي ثبت النهي عنها في السنة، على ما سنفصله عما قريب. ولو أعانه بالعتاد الفلاحي، لم يختلف الحكم؛ لأن المزارع يكون قد اكترى من رب الأرض عتاده بجزء من الزرع، وأرضه بالجزء الآخر. ولو عمل معه فكذلك؛ لأن عمله يقع في مقابل عمل رب الزرع، وتبقى الأرض والعتاد في مقابل زرعه. وكذلك لو كان العمل كله على رب الأرض، وعلى الآخر الزريعة فقط؛ لأن عمله يقع في مقابل بعض الزرع، ومنفعة الأرض في مقابل البعض الآخر. قال ابن شاس: وبالجملة فمتى كانت المزارعة على أن البذر أو جزءاً منه، في مقابلة منفعة الأرض أو جزء منها، فسدت المزارعة.

(١) وهذا كما مضى في شركات الأموال والأعمال، من شرطية التناسب بين المال والعمل والربح. قال ابن شاس: إلا أن يكون التفاوت يسيراً لا يؤبه له، فلا تفسد المزارعة، وإن تُعُمد. وكذلك لو عقدت على التساوي، لم تفسد بما تفضل به أحدهما بعد ذلك وإن كثر. اهـ.

والأرضُ بينهما يملِكانِ رَقَبَتَها، أو مَنْفَعَتَها بإجارةٍ أو وقفٍ أو عَارِيَّةٍ، أو كانَ العملُ على أحدِ الشّريكيْنِ في مقابِلِ الأرْضِ من الشَّريكِ الآخَرِ، والبَذْرُ بينهما أو من جانبِ صاحِبِ الأرْضِ، فالشّركةُ صحيحةٌ في ذلك كلِّهِ، إذا تعادلَا في قيمةِ ما يُخرجانِهِ، وفي تقاسُمِ المحصولِ الزِّراعِيِّ[1].

وأمَّا إذا كانتِ الأرْضُ على أحدِ الشَّريكيْنِ، في مقابلِ البَذْرِ من الشَّريكِ الآخَرِ، فلا تصِحُّ المزارعةُ، سواءٌ كان العملُ على صاحبِ الأرْضِ، أو على صاحبِ البَذْرِ، أو مشترَكاً بينَهما[2].

---

(١) فإذا كانت الأرض مشتركة على ما وصفنا في الصورة الأولى، وكانت قيمة البذر ألف دينار مثلاً، وقيمة العمل قريباً من ذلك، فتصح الشركة على المناصفة في المحصول. فإن تفاوتت القيمتان وجب أن تتفاوت نسبة المشاركة في المحصول على قدر ذلك. وكذلك يقال في الصورتين الثانية والثالثة حيث يكون البذر شركة بينهما، وتكون الأرض منفردة أو مع البذر في مقابل العمل.

● تنبيه:

في الصور التي يكون البذر فيها على أحد الشريكين، فإن المحصول الذي يتناوله العقد، ويجري عليه التقاسم، هو ما زاد على الزريعة، وهو النماء الذي أطلق عليه الشيوخ في بعض المصنفات اسم «الربح» لشَبَهه بالربح الحاصل من التجارة بالأموال النقدية. فلو كان كانت مكيلة الزريعة عشرة قناطير مثلاً، وكان المحصول الإجمالي خمسة وعشرين قنطاراً، فالقسمة تكون في خمسة عشر قنطاراً. فإذا لم يحصل شيء زائداً على مكيلة المزروع، فلا شيء لمن ليس عليه البذر، وإذا وقعت الخسارة فهي على رب البذر. فالبذر في شركة الزراعة له حكم رأس المال في القراض.

(٢) لأن رب الأرض يكون في هذه الصور، قد أكرى أرضه أو جزءاً =

....

= منها لشريكه، ببعض ما يخرج منها، وهو لا يجوز في قول مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ كما أسلفت.

ودليله من السنة ثابت من حديث جابر بن عبد الله وأبي هريرة ورافع بن خديج رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ. خرجها كلها مسلم في «صحيحه».

أما حديث جابر؛ ففيه في بعض رواياته؛ أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء الأرض. وفي لفظ: نهى رسول الله ﷺ أن يؤخذ للأرض أجر أو حظ. وفي رواية أخرى: قال رسول الله ﷺ: **«مَنْ كَانَتْ لَهُ فَضْلُ أَرْضٍ، فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيَمْنَحْهَا أَخَاهُ، فَإِنْ أَبَى فَلْيُمْسِكْ أَرْضَهُ»**. ونحوه من حديث أبي هريرة. وفي لفظ: **«مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا، فَإِنْ لَمْ يَزْرَعْهَا فَلْيُزْرِعْهَا أَخَاهُ»**. وفي لفظ: **«فَلْيَمْنَحْهَا أَخَاهُ الْمُسْلِمَ، وَلَا يُؤَاجِرْهَا إِيَّاهُ»**. وفي آخر: **«فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيُزْرِعْهَا أَخَاهُ، وَلَا يُكْرِهَا»**. وفي آخر: **«فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيُزْرِعْهَا أَخَاهُ، وَلَا تَبِيعُوهَا»**. قال سليم بن حيان: فقلت لسعيد ـ يعني ابن ميناء ـ: ما قوله: **«وَلَا تَبِيعُوهَا»** يعني الكراء؟ قال: نعم. وفي رواية عن جابر قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الأرض البيضاء سنتين أو ثلاثاً.

وظاهر هذه الروايات المنع من كراء الأرض مطلقاً، وإلى هذا ذهب طاوس والحسن، بل إما أن يحرثها بنفسه أو يتركها بوراً، أو يعيرها مسلماً يحرثها، كما في رواية: **«مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ، فَلْيَهَبْهَا أَوْ لِيُعِرْهَا»**. غير أن معنى الكراء المنهي عنه، والذي ورد تارة بلفظ البيع وتارة بلفظ المؤاجرة، فسرته الروايات الأخرى بمعنى المزارعة على جزء مما يخرج منها، وبإكرائها بالطعام أو بما يخرج منها.

أما إكراؤها بالطعام وبما يخرج منها، فسيأتي في حديث رافع بن خديج.

وأما النهي عن المزارعة، فثابت في «صحيح مسلم» أيضاً، من حديث ثابت بن الضحاك: أن رسول الله ﷺ نهى عن المزارعة. وفي رواية: نهى عن المزارعة، وأمر بالمؤاجرة، وقال: **«لَا بَأْسَ بِهَا»**. وعن عطاء عن جابر؛ =

= أن رسول الله ﷺ، نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة، وعن بيع الثمرة حتى تطعم، ولا تباع إلا بالدراهم والدنانير إلا العرايا. قال عطاء: فسر لنا جابر، قال: أما المخابرة، فالأرض البيضاءُ يدفعها الرجل إلى الرجل، فينفق فيها، ثم يأخذ من الثمر. وفي رواية: قال جابر: كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ، فنصيب من القِصْرِيِّ ومن كذا، فقال رسول الله ﷺ: «**مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ، فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ فَلْيُحْرِثْهَا أَخَاهُ، وَإِلَّا فَلْيَدَعْهَا**». **القِصْرِي**: ما بقي من الحب في السنبل بعد الدياس. ومما يبين أن المخابرة هي مزارعة الأرض على جزء من الخارج، قول جابر في رواية أخرى: كنا في زمان رسول الله ﷺ نأخذ الأرض بالثلث أو الربع بالمَاذِيَانَاتِ، فقام رسول الله ﷺ في ذلك فقال: «**مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا، فَإِنْ لَمْ يَزْرَعْهَا فَلْيَمْنَحْهَا أَخَاهُ، فَإِنْ لَمْ يَمْنَحْهَا أَخَاهُ فَلْيُمْسِكْهَا**». **الماذِيَانات**: ما ينبت على الأنهار الكبار. قاله المازري في «المعلم». وقال القرطبي في «المفهم»: ما ينبت على شطوط الجداول ومسايل الماء. وهو من باب تسمية الشيء باسم غيره إذا كان مجاوراً له أو كان منه بسبب.اهـ. والمعنى كما قال أبو الحسن القابسي: أن رب الأرض كان يشترط على المزارع، أن يجعل له ما يَزرع على جوانب الجداول والمسايل، زيادة على شرطه من الثلث أو الربع. وذهب بعض العلماء إلى أن النهي إنما كان من أجل هذا الشرط، ومن أجل اشتراط زرع طائفة معينة من الأرض كما ثبت في حديث آخر؛ لما فيه من الغرر. أما إذا كانت على جزء معلوم شائع في جميعها، فالمزارعة صحيحة كالقراض والمساقاة. وهو مذهب الليث بن سعد، وأحمد بن حنبل، وصاحبي أبي حنيفة، وجماعة من المالكية منهم يحيى بن يحيى الليثي، وأبو محمد الأصيلي وأبو نصر الداودي، وجماعة من الشافعية منهم أبو العباس بن سريج، وابن خزيمة، والخطابي.

والصحيح عندنا أن النهي مطلق، لثلاثة أسباب:

الأول: أن معنى المخابرة على ما حكاه الأزهري والجوهري عن أهل اللغة، مزارعة الأرض على الثلث والربع وشبه ذلك. وقد ورد في بعض =

....

= الروايات النهي عنها مطلقاً، ولا يمتنع أن يحمل على إطلاقه، وتكون صورة اشتراط ما سقت الأربعاء والجداول، والقُصَارة أو القِصري، مما تأكد النهي فيه لوجود سببين يقتضيانه. وأيضاً فقد ثبت في «سنن أبي داود» عن ثابت بن الحجاج، عن زيد بن ثابت؛ قال: نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة. قلت: وما المخابرة؟ قال: أن تأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع. وهذا نصٌّ من تفسير الصحابي، وهو أعلم بالحال، وأقعد بالمقال.

الثاني: لو كان النهي لذات الشرط، لبين النبي ﷺ لهم ذلك، حتى يفعلوا ما يجوز ويتركوا غيره، كما بين لهم جواز كرائها بالدنانير والدراهم في حديث رافع بن خديج.

الثالث: أن المعنى الذي من أجله نهي عن الصورة المتفق على بطلانها، موجود أيضاً في صورة النزاع، أعني إكراءها بجزء معلوم كالثلث والربع، قال مالك في «الموطأ»: فأما الرجل الذي يعطي أرضه البيضاء بالثلث أو الربع مما يخرج منها، فذلك مما يدخله الغرر؛ لأن الزرع يقل مرة ويكثر مرة، وربما هلك رأساً، فيكون صاحب الأرض قد ترك كراءً معلوماً يصلح له أن يكري أرضه به، وأخذ أمراً غرراً، لا يدري أيتم أم لا؟ فهذا مكروه. اهـ.

وفارقت المزارعةُ المضاربةَ بأن رب المال لا يقدر على تنميته إلا بالتجارة، فإن عجز عنها بنفسه لم يكن له إلا أن يضارب به من يتّجِر فيه، بخلاف رب الأرض فإن له أن يكريها بالدراهم والدنانير، فيستغني عن المزارعة.

وفارقت المساقاةَ أيضاً، بأن رب البستان محتاج إلى تعهده بالسقي والإصلاح، فإذا عجز عنه بنفسه، ولم يكن له مال يؤاجر به من ينوب عنه في تعهده، لم يكن له إلا المساقاة على جزء من ثمره. وقال مالك في «الموطأ»: وإنما فَرَقَ بين المساقاة في النخل، والأرض البيضاء، أن صاحب النخل لا يقدر على أن يبيع ثمرها حتى يبدو صلاحه، وصاحب الأرض يكريها وهي أرض بيضاء لا شيء فيها. اهـ. =

....

= ولهذا المعنى أبقى النبي ﷺ أرض خيبر بيد اليهود، يعملون فيها بجزء مما يخرج منها من ثمر أو زرع. وكان الزرع تبعاً للسقي؛ لأنها كانت سواداً وكان بياضها قليلاً بين أضعاف السواد، فكان تابعاً له، فجاز على سبيل التبع، وقد يكون الشيء ممنوعاً على الانفراد والاستقلال، جائزاً على الإضافة والتبع؛ ألا ترى أن الثمر الذي لم يبدُ صلاحه جائزٌ بيعه مع أصله وإن لم يشترط فيه القطع، ولا يجوز بيعه منفرداً إلا مع شرط القطع.

وأما حديث رافع بن خديج؛ ففيه في بعض رواياته: كنا نحاقل على عهد رسول الله ﷺ، فنكريها ـ يعني الأرض ـ بالثلث والربع والطعام المسمى، فجاءنا ذات يوم رجل من عمومتي، فقال: نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً ـ وطواعية الله ورسوله أنفع لنا ـ نهانا أن نحاقل بالأرض؛ فنكريها على الثلث والربع والطعام المسمى. وأمر رب الأرض أن يَزرعها أو يُزرعها، وكره كراءها وما سوى ذلك. وتقدم في كتاب الإجارة. وهو الذي رجع إليه عبد الله بن عمر إذ بلغه في زمن معاوية، وقد كان قبل ذلك يعامل في أراضيه على المخابرة، كما ثبت في «صحيح مسلم» من روايات عدة.

وفي حديث رافع دليل على شيئين:

الأول: النهي عن المخابرة أو المزارعة. وهو يشهد لحديث جابر السابق ويفسره بالمعنى الذي أوضحناه. وقوله: كنا نحاقل، يبين أن المحاقلة والمخابرة والمزارعة بمعنى واحد. وقد حققت في كتابي المفرد في «الشركات في الفقه المالكي» أن المحاقلة مفسرة من كلام السلف بمعنيين، أحدهما هذا، والثاني بيع الزرع القائم في حقوله بمكيلة معلومة من الطعام من جنسه، قمحاً بقمح، أو شعيراً بشعير.

الثاني: النهي عن كراء الأرض بالطعام؛ لقوله: والطعام المسمى. يعني بمكيلة معلومة كإردب من بر أو شعير، أو خمسة أوسق من تمر. وقد جاء ذلك مفسراً في رواية رافع عن عمه ظُهير، قال: أتاني ظُهير فقال: لقد نهى رسول الله ﷺ، عن أمر كان بنا رافقاً. فقلت: وما ذاك؟ ما قال رسول الله ﷺ =

....

= فهو حق! قال: سألني كيف تصنعون بمحاقلكم؟ فقلت: نؤاجرها يا رسول الله على الربيع أو الأوسق من التمر أو الشعير. قال: «**فَلَا تَفْعَلُوا، ازْرَعُوهَا أَوْ أَزْرِعُوهَا أَوْ أَمْسِكُوهَا**».

والطعام موضوع في اللغة لكل ما يطعمه ابن آدم، وهذا يقتضي أن يعم قوله: والطعام المسمى، ما لا تنبته الأرض أيضاً كالعسل والسمن، فلا يجوز أن تكترى به الأرض. وهذا هو المشهور. وقال ابن كنانة: لا تكرى الأرض بشيء إذا أعيد فيها نبت، ولا بأس أن تكرى بما سوى ذلك من الطعام وغيره. وقال ابن نافع: جائزٌ كراء الأرض بكل شيء من الطعام والإدام غير الحنطة والسلت والشعير، فإنها محاقلة.

وأما كراؤها بالدنانير والدراهم، فجائز؛ لما في رواية حنظلة بن قيس؛ أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الأرض، فقال: نهى رسول الله ﷺ عن كراء الأرض. قال: فقلت: أبالذهب والورِق؟ فقال: أما بالذهب والورِق فلا بأس به. وهو في «الموطأ» بلفظ: كراء المزارع. وقال ابن بطال في «شرح البخاري»: اتفق العلماء على أنه يجوز كراء الأرض بالذهب والفضة، قال ابن المنذر: وهذا إجماع الصحابة. وذهب ربيعة إلى أنه لا يجوز أن يكرى بشيء غير الذهب والفضة.اهـ.

وقال جمهور العلماء: يجوز كراء الأرض بكل ما يجوز أن يكون ثمناً في البياعات، من النقود والعروض، وبالطعام، كان مما يستنبت في الأرض أو من غيره، ولا يجوز بجزء من الخارج منها. وهو خلاف قول رافع السابق: والطعام المسمى. وربما تمسكوا بالرواية الأخرى التي فيها: فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به. ويؤيده حديث ثابت بن الضحاك السابق في النهي عن المزارعة والأمر بالمؤاجرة.

قال النووي: وتأولوا أحاديث النهي تأويلين: **أحدهما**: حملها على إجارتها بما على الماذيانات أو بزرع قطعة معينة، أو بالثلث والربع، ونحو ذلك. كما فسره الرواة في هذه الأحاديث التي ذكرناها. **والثاني**: حملها على =

وإذا انعقَدَتِ الشّركةُ على أن يكونَ العملُ كلُّه على أحدِهما، فالذي يَلْزَمُهُ من ذلك: إلقاءُ البَذْرِ، وتقليبُ الأرْضِ وحرْثُها، وتعهُّدُ الزَّرعِ بالرِّعايةِ والتَّنقيةِ، حتَّى يستوِي صالحاً للحصادِ[1].

= كراهة التنزيه والإرشاد إلى إعارتها. اهـ. وهذا التأويل لا تساعد عليه الرواية التي فيها أن ظهيراً عم رافع قال: نؤاجرها يا رسول الله على الربيع أو الأوسق من التمر أو الشعير. فالأوسق من التمر أو الشعير بعيد عن أن يكون زرعاً خارجاً من قطعة معينة. فيبقى التأويل الثاني سليماً من المعارض لولا أنه يحتاج إلى دليل.

● **تتمة:**

إذا ثبت أن كراء الأرض بالطعام غير جائز في المشهور من قول علمائنا، فعلله في «المدونة» باشتماله على بيع الطعام بالطعام نسيئة. وقد سبق في البيوع أنه غير جائز مطلقاً. وأبين كيف يقع ذلك هاهنا بمثال، فأقول:

لو اكترى رجل من آخر أرضه بقنطار حمص، ثم زرع فيها قنطار حنطة، فأغَلَّت قنطارين، فأحدهما في مقابل زريعته، والثاني عوض عن شيئين؛ عملِه وقنطارِ الحمص الذي دفعه في مقابل منفعة الأرض، وهذا يستلزم لا محالة أن يكون جزء من الحنطة المستفادة عوضاً عن الحمص، فلم يجز لتأخر قبض أحد الطعامين.

● **فرع في كراء الأرض بما يخرج منها:**

وأما كراء الأرض بما يخرج منها، فإن كان طعاماً فلم يجز لما بينا من الدليل.

وإن كان غير طعام كالكتان والقطن والعصفر والزعفران، وعلف الدواب، فقد علله ابن القاسم في «المدونة» بدخوله في معنى المحاقلة التي ثبت النهي عنها في السنة. وذلك أن الرجل قد يكتريها بقنطار من قطن فيزرع فيها قطناً، فيكون كأنه اشترى حقلاً من القطن بقنطاره الذي دفعه أجراً. وقد أسلفتُ أن هذا أحد معنيي المحاقلة في لسان السلف.

(١) فلا يلزم العامل ما زاد على ذلك من الحصاد والرفع إلى البيادر =

....

= والدِّراس والتذرية؛ لأن الزرع لا يحتاج إليه؛ إذ لا يتعلق به صلاحه.
والأصل أن كل عمل يحتاج إليه الزرع قبل تناهيه وإدراكه، مما يرجع إلى إصلاحه، كالحرث والسقي إذا كان مما يسقى بالسانية، والتنقية والحفظ من عوادي البهائم ونحو ذلك، فهو على العامل؛ لأن المقصود من الزراعة الذي هو النماء لا يحصل بدونه عادة، فكان من عمل المزارعة فكان على العامل.
وكل عمل يكون بعد تناهي الزرع وإدراكه، قبل قسمة الحب مما يحتاج إليه لخلوص الحب وتنقيته، فهو بينهما على قدر نسبتيهما في الشركة؛ لأنه ليس من عمل المزارعة.

وأيضاً فإن الزرع إذا يبس واستحصد حل بيعه، وتعلقت به الزكاة، واستقر فيه حق العامل؛ ولا يجوز أن يستقر حقه قبل تمام العمل، كالأجير لا يستحق الأجرة إلا بتمام العمل الذي استؤجر عليه. ولهذا لو دفع زرعه لمن يعمل فيه على جزء منه بعد الاستحصاد، لم يجز؛ لانقضاء وقت عمل المزارعة، بخلاف ما قبل ذلك.

إذا ثبت هذا، فإن اشترط عليه شريكه الحصاد والرفع إلى البيادر والدِّراس والتذرية، وحفظه في الفدادين والبيادر، فسدت المزارعة؛ لأنه ليس من عمل المزارعة، كاشتراط رب المال على المضارب ما ليس من عمل التجارة، مثل: خياطة الثياب، وخرز الجلود، وصوغ الحلي. ولأنه فضل ينفرد به رب الأرض، لا عوض للعامل فيه، فكان من أكل مال الناس بالباطل.

وهذا هو الأصح من قولين، صححه ابن الحاجب وأبو إسحاق التونسي وابن يونس. وبه قال سحنون في «كتاب ابنه»، وعلل الفساد بالجهالة في ما يتناوله الشرط، فقال: لأنه لا يُدرى هل يتم؟ وكيف يكون؟ يعني: إن الزرع يتفاوت بحسب الخصب والجدب، فقد يكثر فتكثر مؤنته، وقد يقل فتقل، وهذا غرر وجهالة يمكن صيانة العقد عنه، فلم يجز.

وهذا التعليل من أبي سعيد رَحِمَهُ ٱللَّهُ، يقتضي جواز الشرط المذكور إذا كان الزرع معروفاً لا يختلف، كما في المزارع المسقية بالأنهار أو السواني. =

فَصْلٌ
في حكم المزارعة الفاسدة

إذا وقعتِ المزارعَةُ على شرْطٍ يُفسدُها، استوجبتِ الفَسْخَ ابتداءً، فإن عمِلُوا خرَجَ العقْدُ عن صفةِ الشّركةِ، وصارَ إلى حُكمِ الإجارَةِ[1].

= وروى حسين بن عاصم عن ابن القاسم في «العتبية»، جواز الشرط المذكور على العامل، ونقل التسولي في «البهجة» عن وثائق الجزيري أن العمل جرى به، واعتمده صاحب «التحفة» بقوله:

وَالدَّرْسُ وَالنُّقْلَةُ مَهْمَا اشْتُرِطَا   مَعْ عَمَلٍ كَانَا عَلَى مَا شُرِطَا

ووجه هذا القول: أن رب الأرض إذا جعل نصف الزريعة من عنده، كان عمل الآخر واقعاً في مقابل منفعة الأرض؛ ولما كان جائزاً لرب الأرض أن يكريها بالقليل والكثير، وكان جائزاً للآخر أن يؤاجر نفسه بالقليل والكثير، كان جائزاً أن يجعل جزءاً من منفعة الأرض عوضاً عن العمل الزراعي، والجزء الآخر عوضاً عن الحصاد وما معه. والجهالة التي علل بها سحنون رَحِمَهُ اللهُ لا تضر؛ لأنها شركة وليست إجارة، والشركة لا تفسدها الجهالة إذا كانت داخلة في العمل، ألا ترى أن المضارب يعمل عملاً مجهولاً، ولو كان أجيراً لرب المال على التجارة، لم يجز إلا في عمل معلوم؟ والله أعلم.

(١) وتفصيل هذا الحكم أن يقال:

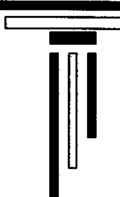
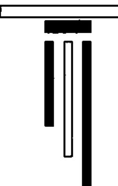
إذا تكافأا في العمل، فالزرع يقسم بينهما، بشرط أن ينضم لعملِ يدِ كُلٍّ منهما شيء آخر، من بذر أو أرض أو مشاركة في آلة الحرث. ويترادان في البذر وكراء الأرض. فإذا كان من أحدهما البذر في مقابل الأرض من الآخر، رد صاحب البذر لصاحب الأرض أجرة مثل أرضه بنسبة تتساوى مع نسبة مشاركته؛ النصف أو الثلث أو غيرهما. ورد صاحب الأرض لصاحب البذر نصف مكيلته في شركة المناصفة، أو ثلثه إذا كانت نسبة المشاركة منه الثلث. =

....

= فإذا كان من أحدهما الأرض والبذر وآلة الحرث، ولم يكن من الآخر إلا عمل يده، فلا شيء له من الزرع؛ لأنه أجير عند صاحبه، فله أجرة مثله بالغة ما بلغت.

وإذا انفرد أحدهما بالعمل، وكان البذر منه في مقابل الأرض وآلة الحرث من صاحبه، فإن الزرع كله له، وعليه لصاحبه أجرة مثل الأرض وآلة الحرث. وإذا كانت آلة الحرث منه أيضاً، كان عليه لصاحبه أجرة الأرض فقط. وإذا كانت الأرض من العامل، ولم يكن من الآخر إلا البذر، رد له مثل مكيلته من البذر دون شيء زائد من المحصول؛ لأن البذر يكون سلفاً من ربه لرب الأرض.



باب المساقاة

المساقاةُ أن يدفعَ الرَّجلُ بُستَانَهُ لمن يعملُ فيه بالسَّقيِ والتَّعهّدُ بما يحتاجُ إليه، على جُزءٍ من ثَمرِهِ الخارِجِ(١).

---

(١) **المساقاة**: مفاعلة من السقي، كالمزارعة؛ لأن أصلها مُسَاقَيَة، فأبدلت الياء ألفاً تسهيلاً للنطق. وهي عقد من عقود الاستثمار بطريق الشركة بين رأس المال والعمل، كالقراض. ورأس المال فيها هو بساتين الأشجار وما أشبهها من حقول الزروع والمقاثئ والبقول. والعمل هو السقي والقيام بما يحتاج إليه البستان أو الحقل من التعهد والعناية والإصلاح، كما سيأتي. وإنما غلب السقي في اسم العقد، مع أن المساقاة تجوز في البعل من الشجر الذي يشرب من جوف الأرض من غير سقي، كما تجوز في المسقي؛ لأن السقي هو السبب في نماء الشجر وخروج الثمار، ولأن أهل الحجاز الذين جرت هذه التسمية بينهم، كان أكثرُ ما يحتاج إليه شجرهم السقيَ، فكان هو غالبَ العمل المقصود فيها، فاشتق اسمها منه.

وأشبه عقد بالمساقاة عقد القراض، إلا أنها تخالفه في كونها لازمة ومؤقتة بالجذاذ؛ أعني جني الثمار، وأن العامل يستحق الثمرة بالظهور لا بالقسم. وقد بينا وجه عدم استحقاقه للربح بمجرد الظهور في القراض.

والأصل في مشروعية المساقاة عمل النبي ﷺ في ثمار خيبر وزروعها. فقد أخرج البخاري ومسلم عن ابن عمر قال: عامل النبي ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع. وظلوا على ذلك حتى أجلاهم عمر رضي الله عنه إلى تيماء وأريحاء. وأخرج البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قالت الأنصار للنبي ﷺ: اقسم بيننا وبين إخواننا النخيل. قال: «لا». فقالوا: تكفوننا المؤونة ونَشْرَكُكم في الثمرة. قالوا: سمعنا وأطعنا. =

ولا تنعقِدُ في قولِ ابنِ القاسِمِ إلَّا بلفظِ المساقاةِ[(١)].

= ولم ينقل خلاف بين الصحابة ولا التابعين في جواز المساقاة. وعامة العلماء على إجازتها، عدا أبا حنيفة وصاحبه زفر رحمهما الله، فإنهما تفردا بالقول بإبطالها، وحكي عن النخعي كراهتها.

وهي من رخص المعاملات، استثنيت من أصل ممنوع، لاشتمالها على بيع الثمر قبل بدو صلاحه، وعلى الإجارة بأجرة غير معلومة، بل معدومة وقت العقد، فجازت للحاجة كالقراض، فإن كثيراً من أصحاب البساتين يعجزون عن سقيها وتعهدها والقيام على ما تحتاج إليه، وليسوا كلهم بقادرين على إجارة من يعمل لهم فيها، وفي الناس كثير لا شجر لهم، ويحتاجون إلى الثمر ويقدرون على العمل، ففي إجازة المساقاة دفع للحاجتين، وتحصيل لمصلحة الفئتين، كالمضاربة بالأموال النقدية.

(١) كقول رب البستان للعامل: ساقيتك، أو قول العامل: ساقني، فيقبل الآخر بما يدل على القبول من قول أو فعل. وقال سحنون رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تصح بكل لفظ يدل على معناها من المعاملة والمؤاجرة. ومشى الشيخ خليل على قول ابن القاسم، وكلام ابن شاس وابن الحاجب يدل على ترجيح قول سحنون.

فوجه قول ابن القاسم: أن المساقاة عقد مستثنى من أصل ممنوع، فلا يُعرِّفه ولا يميزه عن الإجارة الفاسدة والبيع الفاسد، إلا اللفظ الذي يختص به وهو المساقاة، فكان ذلك متعيناً من هذا الوجه. وقد سبق نظير هذا في كتاب النكاح. ووجه قول سحنون: أن العبرة في العقود لمعانيها، وأما الألفاظ الدالة عليها فقد تتغير مع عرف الاستعمال، فمتى وجد معنى المساقاة في اللفظ المستعمل وجب إثبات حكمه. ولأن الصحابة أخبروا عن المساقاة التي وقعت من النبي ﷺ لليهود بلفظ المعاملة، فقالوا: عامل رسول الله ﷺ... إلخ. فدل ذلك على أنه لا فرق عندهم بين أن يقول الرجل لصاحبه: عاملتك، وبين أن يقول له: ساقيتك، إذا فهم معناها من لفظهما.

فَصْلٌ
في المعقود فيه

والمعقودُ فيه كُلُّ أصلٍ له ثَمرةٌ، كالنَّخيلِ والأعنابِ، والتِّينِ والتُّفاحِ. وشرطُه أن يكونَ ممَّا يُثمِرُ في سنَةِ المُساقاةِ(١)، وأن لا يكونَ ممَّا تَخلُفُ ثَمَرَتُه(٢)، وأن يَتِمَّ العقْدُ عليه في وقتٍ لم يكنْ قد بَدَا صلاحُ الثمرةِ فيه، حتَّى حلَّ بيعُها(٣). ولا تَصِحُّ المساقاةُ في الزُّروعِ كالقَمْحِ والشعيرِ، والمقاثِئِ كالخِيارِ والباذِنْجانِ، إلَّا أن تكونَ تابعةً للأصولِ

---

(١) فأما ما لا يثمر كالأثل وهو الطرفاء، والصفصاف والجوز، أو يثمر ولكنه لم يبلغ حد الإثمار حين العقد، كالوَدِيِّ ـ وهو صغار النخل ـ فلا تصح فيه المساقاة؛ لأنه ليس بمنصوص عليه، ولا هو في معنى المنصوص، ولأن المساقاة إنما تكون بجزء من الثمرة، وهذا لا ثمرة له، إلا أن يكون مما يقصد ورقه أو زهره كالتوت والورد والياسمين، فإن المساقاة عليه صحيحة بالقياس على الثمار.

(٢) وأما ما تخلف ثمرته قبل قطع البطن الأول، كالموز والبقل والقضْب والقُرط والريحان والكراث، فلا تصح فيه المساقاة، إلا أن يكون تابعاً لما لا تخلف ثمرته؛ لأن البعض الذي يخلق بعد المفاصلة يختص به رب الشجر، وقد تكلف العامل في سقيه، فكان زيادة ازدادها عليه.

(٣) فالمساقاة جائزة بعد جني ثمرة سابقة إلى أن يبدو صلاح ثمرة لاحقة، في أي وقت من ذلك وقعت جازت، ولو بعد خلق الثمرة؛ لأنها إذا جازت في المعدومة مع كثرة الغرر فيها، فلأن تجوز مع وجودها أولى لقلة الغرر، وإنما لم تجز بعد بدو الصلاح ولو عجز عنها ربها؛ لأن العقد عليها وهي بتلك الحال يقع إجارة ولو سماه مساقاة؛ من حيث كانت المساقاة تقتضي تعهد الثمرة حتى تنضج، وهذا المعنى غير موجود بعد النضج. قال مالك في «الموطأ»: إذا طاب الثمر وبدا صلاحه وحل بيعه، ثم قال رجل لرجل: اعمل لي بعض هذه الأعمال، لعمل يسميه له، بنصف ثمر حائطي هذا، فلا بأس بذلك، وإنما استأجره بشيء معروف معلوم، قد رآه ورضيه.اهـ.

الثابتةِ، أو تتحقَّقَ فيها ثلاثةُ شروطٍ؛ **أحدُها**: أن يعجَزَ صاحبُها عن إصْلاحِها، **والثَّاني**: أن يخافَ هلاكَها إذا لم تُتعهَّدْ، **والثَّالثُ**: أن تكونَ قد ظهرتْ من الأرْضِ واستقلَّتْ بالنَّباتِ حينَ العقْدِ عليها[1].

فَصْلٌ
في العمل المعقود عليه

وأمَّا العملُ المعقودُ عليه؛ فله شرْطانِ:

الأوَّلُ: أن يكونَ مقصوراً على ما يَحتاجُ إليه البُستانُ أو الحقْلُ، من عملٍ ونفقةٍ لإصلاحِه ورِعايتِهِ، فلا يجوزُ أن يشترطَ عليه ما ليس من مَصْلحَةِ البُستانِ[2].

والثَّاني: أن يكونَ العامِلُ مستبِدّاً به دون المالِكِ، كالقِراضِ، فيَفسُدُ العقْدُ باشتراطِ مشاركتِهِ.

---

(١) قال مالك في «الموطأ»: والمساقاة أيضاً تجوز في الزرع، إذا خرج واستقل، فعجز صاحبه عن سقيه وعمله وعلاجه، فالمساقاة في ذلك جائزة.

(٢) والعمل الذي يكون من مصلحة البستان، يبينه العرف الذي تكون عليه البساتين في كل زمان، وهذا معنى قول الشيخ خليل: وَعَمِلَ العَامِلُ جَمِيعَ مَا يَفْتَقِرُ إِلَيْهِ عُرْفاً. وفي بعض النسخ: وَعَلَى العَامِلِ جَمِيعُ... إلخ. فقد كان الناس في الزمن القديم يسكنون دوابهم وعبيدهم والأجراء من عبيد غيرهم في حيطان النخيل، فأدخل الفقهاء في عمل العامل مؤن الدواب ونفقات العبيد والأجراء. فقد قال مالك في «المدونة»: نفقة الرقيق والدواب، كانت من عند العامل أو كانت في الحائط يوم أخذه العامل مساقاة، فالنفقة على العامل ليس على رب الحائط من ذلك شيء.اهـ.

والضابط الجامع لما يجب على العامل من عمل البستان: =

فَصْلٌ
في العوض المشروط للعامل

وشرطُ العِوَضِ المشروطِ للعامِلِ في المساقاةِ، أن يكونَ جُزءاً مَعْلُوماً كالنِّصفِ والثُّلثِ، شائِعاً في الخارجِ من ثمرٍ أو زرْعٍ(١). ولا يجوزُ أن يشترِطَ أحدُهما على صاحبِهِ زيادةً من نقودٍ ونحوِها(٢).

= أن ما يبقى نفعه بعد انتهاء المساقاة كبناء بيت وحفر بئر وغرس شجرة، وَرَمِّ جدار، لا يلزمه بالعقد، ولا يجوز اشتراطه عليه؛ لأنه زيادة يزدادها رب البستان على العامل، فأشبهت اشتراط خياطة الثياب على المضارب. وما لا يبقى نفعه فهو عليه، إذا كان يتصل بتنمية الثمرة، كالسقي، وتنقية السواقي والحياض التي تحيط بأصول الشجر، وتحصينها لتمسك الماء، وقطع ما يضر من الحشيش والشوك، والجريد والأغصان اليابسة، وزبر الكرم، وتلقيح الإناث بطلع الذكور، وحفظ الثمر في الشجر، وجنيه عند طيبه. وأما كنس العيون والصهاريج، وما يضاهيه من الأعمال التي ترجع إلى إصلاح مجمع المياه، فليست على العامل؛ لأنها ليست من مصلحة تنمية الثمرة المباشرة مع بقاء نفعها بعد نهاية المساقاة، إلا أن اشتراطها على العامل جائز لخفة مؤنتها.

(١) فلا يجوز أن يُعين في شجرة أو عدد من الأشجار أو جهة من البستان. كما لا يجوز أن يكون مبلغاً مقطوعاً من الخارج، كخمسة أوسق؛ لأنه غرر فقد لا يخرج إلا ذلك المبلغ المسمى، أو أقل منه، فيستضر رب البستان، أو يخرج أكثر منه بكثير، فيستضر العامل. وإذا قل ثمر البستان أو لم يثمر أو أصابته جائحة، فليس للعامل على المالك شيء من غير الثمرة، كتلف رأس المال في المضاربة. وهذا كله يرجع إلى معنى ما دل عليه حديث ابن عمر: عامل النبي ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع.

(٢) فإذا اشترط العامل على رب البستان، أن يجعل له مبلغاً من النقود أو عيناً من الأعيان زيادة على حصته من الثمرة، أو اشترط رب البستان مثل ذلك على العامل، فهو كاشتراط مبلغ مقطوع من الثمرة، أو ثمار أشجار =

وإذا سَاقَاهُ على عِدَّةِ بساتينَ، أو لِعِدَّةِ سِنينَ، صفْقةً واحدةً، وجبَ أن يكونَ الجزْءُ المتّفَقُ عليه من الخارجِ، مُتَّحِداً في جميعِها، فإن كان على أجْزاءَ مختلفةٍ فسدَ العقْدُ[1].

= معلومة، تفسد به المساقاة؛ لأنه يخرج بها عن سنتها. ففي «الموطأ»: قال مالك في المساقي: إنه لا يأخذ من صاحبه الذي ساقاه شيئاً من ذهب ولا ورِق يزداده، ولا طعام، ولا شيئاً من الأشياء، لا يصلح ذلك، ولا ينبغي أن يأخذ المساقي من رب الحائط شيئاً يزيده إياه، من ذهب ولا ورِق ولا طعام، ولا شيء من الأشياء. اهـ. **وَرِق**: فضة.

(١) أما تعدد البساتين؛ فمثلُ أن يكون له ثلاثة بساتين فيها صنف واحد كالنخيل، أو أصناف مختلفة، في أحدها نخيل، وفي الثاني تين، وفي الثالث رمان. فإذا ساقاه عليها جميعاً صفقة واحدة، على أجزاء مختلفة، كالنصف على هذا، والثلث على هذا، والربع على هذا، لم يجز؛ لأنه عقد واحد، فلم يجز أن يتبعض العوض فيه، كالمقارضة على مالين مختلفين بجزأين مختلفين صفقة واحدة. ولأنه لو ساقاه على بستانين، على أن له النصف من أحدهما والسدس من الآخر، فلم يثمر البستان الأول أو هلكت ثمرته، وقع الغبن على العامل؛ لأن عوضه ينحصر في سدس البستان الآخر، وإن حصل العكس، كان الغبن على رب البستانين. وهذه مخاطرة يمكن صيانة العقد عنها، فوجب أن تبطله إذا وقعت فيه. وأيضاً فإن النبي ﷺ عامل يهود خيبر على الشطر من ثمارها، وكانت كثيرة ومختلفة الأصناف، وفيها الجيد والرديء، وذلك يقتضي أن لا يجوز خلافه؛ لأن المساقاة مشروعة على خلاف القياس، فوجب أن لا يتعدى بها عن القدر الذي ورد به الشرع.

وإن أفرد كل بستان من الثلاثة بعقد جاز على أجزاء مختلفة؛ لأنه كمساقاة ثلاثة رجال، أحدهم على النخيل بالنصف، والثاني على التين بالثلث، والثالث على الرمان بالربع. وكذلك يجوز إذا ساقاه على جميع البساتين مساقاة واحدة، على أجزاء متفقة، وإن كان بعضها أفضل من بعض؛ =

فَصْلٌ

في حكم البياض التابع للأشجار

والبياضُ: الأرْضُ الخاليةُ من الشَّجرِ، سواءٌ من ذلك ما كَانَ بين أضعافِ الشَّجرِ، أو منفرِداً عنها[1]. وحُكمُه يختلفُ بين حالتيْنِ:

= لعمل النبي ﷺ في خيبر كذلك. ولأنه كالمقارضة على مالين أحدهما من دنانير وآخر من دراهم، صفقة واحدة على جزء واحد.

وإذا كانت المساقاة غير جائزة في بساتين مختلفة على أجزاء مختلفة صفقة واحدة، فأولى أن لا تجوز في بستان واحد يضم أصنافاً مختلفة، إذا اختلفت الأجزاء باختلاف الأصناف. ولم أطلع على نقل صريح فيه.

وأما تعدد السنين؛ فمثلُ أن يساقيه لثلاث سنين، على أن له في الأولى النصف، وفي الثانية الثلث، وفي الثالثة الربع، فهو غير جائز حتى يكون الجزء متفقاً في جميع السنين؛ لأنه عقد واحد، فلم يجز أن يتبعض العوض فيه كما أسلفت. ولأن اختلاف الأجزاء باختلاف السنين يُدخل في العقد غرراً وخطراً، على نحو ما بينا في اختلاف البساتين. والله أعلم.

● **تتمة**:

وحيث فسدت المساقاة لاختلاف الأجزاء باختلاف السنين أو البساتين، ولم تفسخ حتى شرع العامل في العمل على ذلك، ألغي ما سمياه ورُد إلى مساقاة المثل.

ولو ساقاه سنتين على جزأين مختلفين، ثم اطُّلع على فسادها قبل تمام السنة الأولى أو عند تمامها، لم تفسخ في السنة التي تليها، بل تمضى على مساقاة المثل؛ لأنه عقد واحد فلم يجز تفريق حكمه. وقال الباجي: ووجه ذلك أنه إنما يلزمه مساقاة جميع السنتين؛ لأنه إنما أخذ بعضها بسبب بعض، فقد يُنفق في أول عام ليستغل أعواماً، فإذا لزمه بعض الأعوام لزمه جميعها. اهـ.

(١) ومناسبة تسميته بياضاً؛ أن أرضه مشرقة بأشعة الشمس في النهار، =

الأُولى: أن يكونَ قليلاً لا تزيدُ قيمةُ كرائِهِ على الثُّلثِ[١]، فيجوزُ جعلُ مَنفعتِهِ للعامِلِ يَزرعُه لنفسِهِ[٢]، وهو الأحبُّ عند ابنِ

= وبضوء القمر في الليل، على عكس ما تحت الشجر، فإنه يسمى سواداً لكونه مظلماً بظل الشجر في النهار والليل.

(١) قال مالك في «الموطأ»: إذا كان البياض تبعاً للأصل، وكان الأصل أعظمَ ذلك أو أكثره، فلا بأس بمساقاته، وذلك أن تكون النخل الثلثين أو أكثر، ويكون البياض الثلث أو أقل من ذلك. وذلك أن البياض حينئذ تبع للأصل. اهـ. وفي «المدونة»: قال مالك: وكان بياض خيبر تبعاً لسوادها، وكان يسيراً بين أضعاف السواد.

ولا ينظر إلى الثلث باعتبار مساحة الأرض؛ لأن الأرض ليست هي المقصودة بالعقد، بل المقصود ما فيها من شجر أو زرع، وذلك يوجب أن يعتبر الثلث بقيمة منفعة الأرض البيضاء، في نظير قيمة الثمرة المساقى عليها. وبيان ذلك أن ينظر إلى غلة البستان باعتبار ما سبق من الأعوام، فإن بان أنه يخرج في العادة غلة ثمنها ألف دينار مثلاً، ويحتاج من العامل إلى نفقة مئتي دينار مثلاً، فإن الصافي من ثمن الثمرة بعد إسقاط النفقة ثمانمئة دينار، فإن كانت قيمة كراء البياض أربعمئة دينار فما دونها، وهي ثلث الجميع، كان قليلاً تابعاً للمساقاة، أو ملغى للعامل. وإذا زاد على ذلك كان كثيراً مستقلّاً بحكمه.

وإنما شرط الثلث في إلحاقه بالسواد؛ لأن الشرع جعل الثلث حدّاً فارقاً بين القلة والكثرة، ففي الحديث: «**الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ**»، فيكون ما دونه تابعاً لحكم الأكثر، كبيع السيف والمصحف المحليين بأحد النقدين، بثمن من جنس الحلية، وبيع القلادة أو الخاتم وفيهما الفصوص والذهب، بالدنانير الذهبية، فإن ذلك سائغ إذا كانت قيمة ذهب الحلية قليلة لا تتعدى ثلث قيمة الجملة، وقيمة المصحف أو النصل أو الفصوص، لا تقل عن الثلثين. نص على معنى ذلك في «الموطأ».

(٢) فيكون خارجاً عن حكم المساقاة، ويستحق العامل منفعته، سواء اشترطه على المساقي صراحة، أم سكتا عن حكمه. فإن شرط صاحب البستان =

القاسِمِ، ويجُوزُ جعلُه تابِعاً للمُساقاةِ، بشرْطِ أن يكونَ بذْرُه على العامِلِ[١]، وأن يكونَ الجُزءُ متّحِداً في الجميعِ.

والحالةُ الثّانيةُ: أن تزيدَ قيمةُ كرائِهِ على الثُّلثِ، فيكونُ مستقِلّاً بحُكمِهِ؛ فلا يدخُلُ في المُساقاةِ، ولا يُلغَى لِلعَامِلِ[٢].

فَصْلٌ
في صفة المساقاة

وعقْدُ المُساقاةِ يلزَمُ المتعاقديْنِ بمجرَّدِ إبرامِهِ، فليس لأحدِهما ترْكُه إلَّا بإذنِ الآخَرِ، إلى أن ينتهيَ أمَدُه بجنْيِ محصُولِ السَّنةِ

= أن يكون خالصاً له يزرعه لنفسه، أو يؤاجره أو يتركه، جاز إن كان لا يصله الماء أو كان بعلاً؛ لأنه الأصل، أما إن كان يصله ماء السقي أو شرط على العامل بذره أو العمل فيه، وتكون الغلة خالصة للمالك، لم يجز وتفسد المساقاة؛ لما فيه من اشتراط زيادة يزدادها رب البستان على العامل بجعله يسقي زرعه بغير عوض.

(١) ويفسد العقد باشتراط البذر على رب البستان. ووجه ذلك: أن البياض لما كان تابعاً للسواد في حكمه، كان ما يبذر فيه من بذر بمنزلة النفقة والمؤنة التي تلزم العامل، فاشتراطها على المالك يخالف سنة المساقاة، فيفسدها. وهذا معنى قول مالك في «الموطأ»: لأنه قد اشترط على رب المال زيادة ازدادها عليه، وإنما تكون المساقاة على أن الداخل في المال المؤونة كلها والنفقة، ولا يكون على رب المال منها شيء.اهـ.

وقوله: على أن الداخل. . . إلخ. كذا في جميع النسخ المطبوعة التي اطلعت عليها. ولعل الصحيح: على أن على الداخل. فليحرر!.

(٢) فإن اشترط العامل منفعته فسد العقد؛ لما فيه من اشتراط زيادة على ما يستحقه من نسبته في الثمرة.

الزِّراعيةِ من زُروعٍ أو ثمارٍ[١]. وتجوزُ المُساقاةُ لعدَّةِ أعوامٍ متتابِعةٍ، فيما يحتمِلُه عُمُرُ البُستانِ، فيلزمُهما العقْدُ إلى جنْيِ محصُولِ السَّنةِ الأخيرَةِ[٢].

فَصْلٌ
في حكم المساقاة الفاسدة

إذا فسدتِ المُساقاةُ، وعُثِرَ عليها قبلَ الشُّروعِ في العملِ، وجبَ فسخُها بكلِّ حالٍ؛ لحقِّ الشَّرعِ. فإن عُثِرَ عليها بعد تمامِ العَمَلِ، ففي ردِّ حُكمِها إلى أُجرَةِ المِثلِ أو مُساقاةِ المِثلِ تفصيلٌ[٣]:

---

(١) وإنما كانت المساقاة لازمة على خلاف القراض؛ لأنها تنعقد على عمل معلوم ينتهي بالجذاذ، فأشبهت الإجارة من هذا الوجه. وإنما كانت مؤقتة بالجذاذ سواء تناول العقد عاماً أو أعواماً متعددة؛ لأن الحقوق تنقطع عنه، ويقع الاستيفاء، فلا يبقى شيء من خدمة الثمرة فيما بعد ذلك. قال في «تهذيب المدونة»: والشأن في المساقاة إلى الجذاذ، ولا يجوز شهراً ولا سنة محدودة، وهي إلى الجذاذ إذا لم يُؤَجِّلا .اهـ. وإنما لم يجز أن تكون مؤجلة بأجل مسمى بالأيام والشهور؛ لأن الجذاذ قد ينتهي قبل تمام الأجل، فيكون الباقي زيادة من رب البستان على العامل، وقد ينتهي الأجل قبل الجذاذ، فيبقى من العمل شيء لم يعمله المساقي فيستضر رب البستان.

(٢) والأصل في جواز المساقاة لعدة سنين عمل المسلمين في ثمار خيبر، إذ لم يثبت أن النبي ﷺ كان يجدد لليهود العقد للسنين المتعاقبة، ولما توفي عليه الصلاة والسلام، لم يجدد أبو بكر لهم عقداً، بل عمل على العقد الأول. وكذلك عمر رضي الله عنه. وتوارث العمل في المدينة ـ على ما في «الموطأ» ـ على أن النخل تساقى السنين الثلاث والأربع، وأقل من ذلك وأكثر.

(٣) وهذا التفصيل في حكم المساقاة الفاسدة، هو مستخلص مذهب ابن القاسم من «المدونة» و«العتبية». ويقابله قولان آخران: أحدهما ردها إلى إجارة =

فإن أخرَج الشَّرْطُ الفاسِدُ العقْدَ عن صفةِ المُساقاةِ، وجبَ للعامِلِ أُجرةُ مثلِهِ في عملِهِ، كاشتراطِ زيادةٍ لأحدِهما على الجُزءِ المُسمَّى من الثَّمرةِ، من نقودٍ أو عُروضٍ أو مَنافِعَ[(١)]. وإن لم يُخرجْهُ عن صفةِ المُساقاةِ ففيه مُساقاةُ المِثْلِ، كما إذا كانتْ حِصَّةُ الثَّمرةِ لكلٍّ منهما مجهُولةً، أو اشترَطَ المالِكُ عمَلَ يدِهِ، أو جُعِلَ البَيْعُ شرْطاً في المُساقاةِ[(٢)]، أو اختلفتِ النِّسبةُ في عدَّةِ بساتينَ أو عدَّةِ سنينَ صفْقةً واحدةً.

فإن عُثِرَ عليها قبلَ إنهاءِ العملِ، وكان الشَّرْطُ المفسِدُ يوجبُ

= المثل جملة من غير تفصيل؛ لأن المساقاة مشروعة على وجه الرخصة وخلاف القياس، فما فسد منها رد إلى أصله الذي استثنيت منه وهو الإجارة، والثاني: ردها إلى مساقاة المثل كذلك، كسائر العقود الفاسدة يُرد حكمها إلى صحيح أصلها.

(١) وذلك أن الزيادة المشروطة إن كانت للعامل، فالعقد إجارة بأجرة مجهولة؛ لأن العامل عاوض قيمة عمله بما سُمي له من جزء الثمرة مع الزيادة، وجزء الثمرة مجهول القدر ومعدوم حين العقد، ففسدت ووجب بالعمل الرد إلى إجارة المثل. وإن كانت الزيادة مشروطة لرب البستان، فالعقد في حكم البيع؛ لأن المالك باع للعامل جزءاً من الثمرة قبل بدو صلاحها، بمجموع عمله مع الزيادة، وهو فاسد لسببين؛ للجهالة في قدر المبيع، ولبيع الثمرة قبل بدو صلاحها. وإنما وجب فيه أجرة المثل؛ لأن الزيادة المشروطة مردودة، والثمرة غير مستحقة، فبقي العمل عارياً عن العوض المسمى، فوجبت المعاوضة فيه بالقيمة، وهو معنى أجرة المثل.

(٢) لامتناع جعل البيع شرطاً في المساقاة. ومثله الإجارة والجعالة والنكاح والصرف والشركة. فتكون فاسدة وفيها مساقاة المثل. ذكره في «الشرح الصغير».

الرَّدَّ إلى أُجرةِ المِثلِ، وجبَ فسخُها وإعطاءُ العامِلِ أُجرةَ مثلِهِ فيما عمِلَ، وإن كان يوجبُ الرَّدَّ إلى مساقاةِ المِثلِ أُقرَّتْ على مُساقاةِ المِثلِ لتمامِ مُدَّتِها المُسَمَّاةِ.

فَصْلٌ

في حكم المساقاة الصحيحة

العاملُ أمينٌ فيما تحتَ يدِه من مالٍ، فيُصدَّقُ في دعْوى سرِقةِ الثِّمارِ. وله مُساقاةُ ثالثٍ أمينٍ على مِثلِ جُزئِه الذي ساقَى عليه ربَّ البُستانِ، أو على أقلَّ منه، سواءٌ عجَزَ بنفسِه أم لا[1]. وإذا ماتَ العامِلُ قبلَ التَّمامِ، خلَفَه وارِثُه واستحقَّ أُجرتَه من التَّركةِ، فإن لم يكنْ في الورثَةِ من يَرْضَى المالكُ بأمانَتِه، استأجرُوا أميناً يُتمّمُه، فإن أبَوْا أو عجَزُوا سلَّمُوه لصاحبِه، وليسَ لهم من الثَّمرةِ شيءٌ. وكذلك الحُكْمُ إذا عجَزَ العامِلُ.

وإذا أخرجَ البُستَانُ نصاباً[2] من الثِّمارِ بنفسِه أو مع غيرِه من البَساتينِ، ففيه الزَّكاةُ، وعلى كلٍّ واحدٍ من الواجبِ بقدْرِ نصيبِهِ، ويجوزُ اشتراطُ إخراجِ الواجِبِ كلِّهِ على أحدِهما[3].

---

(١) ويجب أن يكون ذلك في وقت لم تكن الثمرة قد بلغت فيه حد الصلاح، وإلا لم تجز فيها إلا الإجارة.

(٢) يعني خمسة أوسق بالمكاييل القديمة، وسبق في كتاب الزكاة أنه يعادل (٥١٦) كغ من القمح وزناً، و(٦١٥) لتر كيلاً.

(٣) قال في «تهذيب المدونة»: ولا بأس أن يشترطا الزكاة في حظ أحدهما؛ لأنه يرجع إلى جزء معلوم ساقى عليه. فإن لم يشترطا شيئاً، فشأن الزكاة أن يبدأ بها، ثم يقتسمان ما بقي. =

ويَستحِقُّ العامِلُ حصَّتَهُ من المحصولِ بظهورِ الثَّمرَة(١).

* * *

=

● تنبيه:

إنما ينظر في الشروط التي تجب بها الزكاة في الثمرة، إلى رب البستان، فهي معتبرة به لا بالعامل، فإذا كان رب البستان من غير أهل الزكاة كالعبد والكافر، فلا زكاة عليه ولا على العامل في حصته. وإن كان من أهل الزكاة، وبلغت ثمرة البستان نصاباً بنفسها، أو مع غيرها من ثمار بساتين أخرى لم تتناولها المساقاة، وجبت الزكاة فيها بقدرها، ووزعت بينهما على حصصهما، إذا كان العامل أيضاً من أهل الزكاة، ولو لم تكن حصته نصاباً برأسه، كالشأن في القراض.

(١) ولا يتأخر إلى طيبها فضلاً عن جذاذها وقسمتها، على خلاف القراض؛ لأن الربح الظاهر فيه غير مستقر، فقد تعقبه خسارة في الإدارة اللاحقة، بخلاف الثمرة فإن ظهورها مستقر. قال في «الشرح الصغير»: يستحق العامل الثمار في المساقاة بظهورها على الشجر أو الزرع، فيكون شريكاً بجزئه من حينه. وإذا وقع العقد وهي بارزة استحقه من حين العقد، فإذا طرأ دَيْنٌ على رب الحائط، فلا يوفى فيه جزء العامل؛ لأنه شريك له به.اهـ. مهذباً.






كتاب التّبرّع

باب الهِبَة والصدقة

الهِبَة تمَليكُ عَينٍ مَاليةٍ للغيرِ بلا عِوَضٍ، لقصْدِ التَّوَدُّدِ، فإذا قُصِد بها محْضُ وجهِ اللهِ وثوابِ الآخِرةِ فهيَ صَدَقةٌ[1].

---

(١) كما إذا قصد بها إطعام المساكين والإحسان إلى الأيتام وصلة الأرحام. والإنسان إذا بذل ماله للغير، لا يخلو أن يريد بذلك واحدة من ثلاث؛ إما المُعَاوَضَة عليه بالمال، وهو البيع وما شاكله، وإما وجه المبذول له ووده، فهو معنى الهبة وما شاكلها، وإما وجه الله وثوابه، فهو الصدقة.

والأدلة الدالة على فضل التطوع بالصدقة والحث عليها، لا تحصى كثرةً، منها حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**مَنْ تَصَدَّقَ بِعِدْلِ تَمْرَةٍ مِنْ كَسْبٍ طَيِّبٍ ـ وَلَا يَصْعَدُ إِلَى اللهِ إِلَّا الطَّيِّبُ ـ فَإِنَّ اللهَ يَتَقَبَّلُهَا بِيَمِينِهِ، ثُمَّ يُرَبِّيهَا لِصَاحِبِهِ كَمَا يُرَبِّي أَحَدُكُمْ فَلُوَّهُ، حَتَّى تَكُونَ مِثْلَ الْجَبَلِ**». أخرجه الشيخان، وأصله في «الموطأ». **يربيها**: ينميها. **الفَلُوّ**: المهر الصغير الذي فصل عن أمه.

وأما الهبة فهي مشروعة **بعموم الكتاب**، كما في قوله تعالى: ﴿وَٱفۡعَلُواْ ٱلۡخَيۡرَ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ﴾ [الحج: ٧٧]. وقوله: ﴿فَمَن يَعۡمَلۡ مِثۡقَالَ ذَرَّةٍ خَيۡرٗا يَرَهُۥ﴾ [الزلزلة: ٧]. ولا شك أن الهبة من فعل الخير؛ لما فيها من تأليف القلوب وإذهاب الضغائن والإحن، فتكون مستحبة إذا قصدت لهذه المعاني. **ودلت السنة عليها** قولاً وعملاً، فقد كان النبي ﷺ يقبل الهدية من الملوك ومن عامة الناس، وفي البخاري من حديث أبي هريرة: أنه ﷺ قال: =

وأركانُها أربعةٌ: الواهِبُ، والمَوْهُوبُ منه، والمَوْهُوبُ، والصِّيغةُ.

وشَرْطُ الواهِبِ: أن يَكُونَ من أهْلِ التَّبَرُّعِ؛ وهو البَالغُ العاقِلُ، الرَّشيدُ الطَّائعُ(١).

= «**لَوْ دُعِيتُ إِلَى كُرَاعٍ لأَجَبْتُ، وَلَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ ذِرَاعٌ لَقَبِلْتُ**». وقال ﷺ: «**يَا نِسَاءَ الْمُسْلِمَاتِ، لَا تَحْقِرَنَّ جَارَةٌ لِجَارَتِهَا وَلَوْ فِرْسِنَ شَاةٍ**». أخرجه الشيخان عن أبي هريرة. ومعناه: لا تأنف المرأة مما تهديه إليها جارتها، ولو كان يسيراً حقيراً كظلف الشاة.

(١) فيخرج الصبي والمجنون والسفيه والمكره:

أما الصبي والمجنون؛ فلأنهما ليسا من أهل التكليف.

وأما السفيه؛ فلأنه ليس من أهل التصرف في ماله، فإذا كان بيعه لا ينفذ إلَّا بإجازة وليه، فأولى أن لا تجوز هبته، ولا تجوز ولو أجازها الولي؛ لأنه غير مأذون في التبرع من مال السفيه، فلا تصح إجازته فيه. فإن كانت الهبة للثواب جاز له أن يبذلها من مال السفيه إذا كان العوض أكثر من قيمتها.

وأما المكره؛ فلأنه إذا لم يلزمه العوض في عقود المعاوضات إلَّا برضاه لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، فأولى أن لا تلزمه التبرعات.

ويخرج المحجور عليه لأسباب ترجع إلى تعلق حق الغير بماله، كالمدين، فإنه لا يتبرع من ماله إلَّا بما زاد على مقدار الدين؛ لحق الدائن عليه. فإذا كان الدين يستغرق جميع أملاكه، لم يجز له التبرع في قليل ولا كثير إلَّا بإذن الدائن. وكذا المريض مرض الموت، فإنه محجور عن التبرع فيما زاد على الثلث من ماله إلَّا بإذن الوارث؛ لأن المرض المخوف سبب يوجب تعلق حق للورثة في ماله.

وزاد علماؤنا الزوجة، فإنها محجورة عن التبرع بما زاد على الثلث من مالها، لتعلق حق الزوج به في الجملة، وإن كان لا يملك عليها مالها، إلَّا أن =

وأمَّا المَوْهُوبُ منه: فكُلُّ من يَصِحُّ منه التَّمَلُّكُ، من كبيرٍ أو صغيرٍ، رَجُلٍ أو امْرَأَةٍ، مُسلِمٍ أو كافِرٍ، إلَّا في المُصحفِ فإنّهُ لا يجوزُ هِبتهُ من الكافِرِ.

وأمَّا المَوْهُوبُ: فيجُوزُ في المعْلومِ من الأَمْوالِ والمَجْهولِ والمُشتمِلِ على غَرَرٍ(١)، وفي العَقَارِ والمنقُولِ، وفي المَقْسومِ والمُشاعِ(٢)، وفي الأعْيَانِ والدُّيونِ. فإنْ وَهَبَ دَيْناً ممَّن هو عليهِ،

= له حقّاً في التبسط فيه والتجمل به؛ لقوله ﷺ: «**تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ؛ لِمَالِهَا...**» الحديث. فدل على أن النكاح يقصد للتجمل بمال المنكوحة كما يقصد للاستمتاع بجمالها، وإذا كان ذلك معتبراً، فليس من حق الزوجة أن تُفَوِّت عليه ما قصد إليه وبذل فيه من المهر.

ويدل له أيضاً حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو؛ أن رسول الله ﷺ قال: «**لَا يَجُوزُ لِامْرَأَةٍ أَمْرٌ فِي مَالِهَا، إِذَا مَلَكَ زَوْجُهَا عِصْمَتَهَا**». أخرجه أبو داود والنسائي. وصححه الحاكم.

(١) ومن هبة المجهول: أن يهب الإنسان حصته من ميراث لا يعلم عينها ولا نسبتها من جملة التركة. ومن هبة ما فيه غرر هبة الأجنة في بطون الأمهات والأموال المفقودة والثمار التي لم يبدُ صلاحها. وإنما جاز الغرر والجهالة في الهبة إذا لم يرد بها المُعَاوَضَة؛ لأن السلامة من الغرر والجهالة مرعية فيما يكون عوضاً عن مال الغير، حتى لا يكون أكلاً لماله بالباطل، وذلك غير موجود في التبرعات.

(٢) وذلك في الأملاك المشتركة، فيجوز للشريك أن يهب حصته من شريكه أو من أجنبي يحل محله في الحيازة والتصرف، كالبيع، سواء كانت العين مما يمكن قسمته كالأرض والدار، أو مما لا يمكن كالسيارة والحيوان.

ومن هبة المشاع أن يهب الرجل ما يملكه من عقار كأرض أو دار أو نحو ذلك، للموجودين من أولاده. فتصح الهبة إذا لم تكن في مرض الموت، =

كهِبَةِ المرْأَةِ مُؤَخَّرَ مهْرِها من زَوجِها، فهو إبراءٌ يَفتقرُ إلى قَبُولٍ كسائرِ التَّمْليكاتِ، وإنْ وهبَهُ من غيرِه لم يتمَّ إلَّا إذا أشْهَدَ عليهِ ودفعَ وَثيقةَ المُدايَنةِ لمنْ وُهِبَ لَهُ(١).

فَصْلٌ
في الصيغة والحِيَازَة

وتنعقِدُ الهِبَةُ بما يَدُلُّ على مَعْنَاها من الأقْوالِ، كوَهَبْتُ وأعطيْتُ وأهديْتُ، وبالمُعاطاةِ، وتَلْزَمُ بالقَبُولِ، وتَستقِرُّ بالحِيَازَةِ(٢).

= وله أن يوزعها بينهم على ما يراه من الشرط، كالتسوية بين الذكر والأنثى، ولا يلزمه أن يجعلها على سهام الميراث. وسيأتي الكلام عليه مستوفى في فصل رجوع الصدقة والهبة إلى ملك صاحبها.

(١) لأن الدين يتعذر حيازته في الحال؛ بكونه في ذمة المدين. فيقوم الإشهاد عليه مع دفع ذِكْرِ المداينة ـ وهو الصك أو الوثيقة ـ إلى الموهوب منه، مقام الحيازة. ويحل الموهوب منه محل الواهب في المطالبة بالدين واقتضائه من المدين، فإن مات الواهب قبل قبضه من المدين، لم يكن ذلك مؤثراً شيئاً في إبطال الهبة.

وأما في هبة الأعيان؛ فإن الواهب إذا أشهد على الهبة واستمرت في قبضه، حتى مات ولم يكن الموهوب منه قد جد في طلبها منه، فإنها تفوت بذلك عليه وترجع مرجع المواريث، قال مالك في «الموطأ»: الأمر عندنا فيمن أعطى أحداً عطية لا يريد ثوابها، فأشهد عليها، فإنها ثابتة للذي أُعطيها، إلَّا أن يموت المعطي قبل أن يقبضها الذي أعطيها. قال: وإن أراد المعطي إمساكها بعد أن أشهد عليها، فليس ذلك له إذا قام عليه بها صاحبُها أخَذَها. اهـ.

(٢) ومعنى هذه الجملة: أن الهبة التزام للتبرع بالمال لمعين، وليست من العقود المحضة التي تتم بين طرفين في فوْر واحد، بل تنعقد بما يدل على =

= معناها من الواهب، كالوصية، انعقاداً يفتقر إلى قبول كسائر التَّمْلِيكات، فإذا تم قبولها من الموهوب منه، ولو متراخياً عن الإيجاب، انعقد له الملك فيها على المشهور، ولا يتم إلَّا بالحيازة، وهذا معنى قول ابن عبد السلام الهواري: القبول والحيازة معتبران، إلَّا أن القبول ركن والحيازة شرط. وقال ابن شاس: وإنما الحوز شرط في التمام والاستقرار لا في الصحة واللزوم. اهـ.

إذا تبين هذا؛ فإن كان الموهوب منه حاضراً وردها ارتدت، وإن قبلها لزم الواهب تمكينه من قبضها، إذا جد في الطلب، ويستحق عليه التنفيذ الجبري بطريق القضاء؛ لعموم قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، ولأنه إذا قبلها الموهوب منه وجدَّ في طلبها صار منعها منه عَوداً فيها، وقد قال ﷺ: **«الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»**. أخرجه الشيخان عن ابن عباس، ونحوه عن عمر.

وإن كان غائباً عن المجلس، فأرسلها إليه فتسلمها من الرسول ولو من غير تصريح بالقبول، صحت وتمت. فإن استبقاها الواهب في حيازته، ولم يشهد على التزامه بالهبة، حتى مات أو مرض مرضاً يُظن منه الموت، أو أحاط الدين بماله، بطلت الهبة؛ لأن الأصل بقاء أملاك الإنسان التي تحت يده في ملكه، فإذا تعلق بها حق للغير كالورثة والغرماء، ثم ادعى صاحبها دعوى تخرجها من ملكه بغير عوض لم يصدق إلَّا ببينة، إلَّا في الوصية؛ لأن الشأن فيها أن تكون في مرض الموت. فإن أشهد على التزامه بالهبة، فكذلك إذا علم الموهوب منه وتراخى في طلب القبض، فإن كان جادّاً في الطلب والواهب يماطله حتى تغير حاله، لم تبطل ولزم تمكينه من قبضها.

واشتراط الحيازة في تمام الهبة هو مذهب جمهور الصحابة؛ روى ابن وهب في «المدونة» أن أبا بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس، قالوا: لا تجوز صدقة حتى تقبض. وأخرج مالك في «الموطأ» عن أبي بكر الصديق أنه نحل ابنته عائشة رضي الله عنهما =

فإن أدْركَ الواهِبَ أمرٌ تزولُ به أهْليةُ التَّبَرُّعِ، قبْلَ الحَوْزِ بَطَلتْ، كموْتِه أو إصَابتِه بجنُونٍ أو مرَضٍ اتَّصلَا بالموْتِ، أو إحَاطةِ دَيْنٍ بمالِهِ[١]. ولا تبطُلُ بموْتِ المَوْهُوبِ منه، ويقُومُ وارِثُه مقامَهُ في الحِيَازَةِ والمِلْكِ.

وتفوتُ على الأوَّلِ بهبتِها لثَانٍ إذا حازَها قبْلَهُ، لقوَّةِ جانِبِه بالحِيَازَةِ، ولا تفُوتُ ببيْعِها قبْلَ الحِيَازَةِ، فيُخيَّرُ المَوْهُوبُ منه بيْنَ الفسْخِ والإمضَاءِ لأخْذِ الثَّمَنِ.

فَصْلٌ

في حِيَازَة ما وهب تحت يد الغير

وتصِحُّ هِبَةُ ما تحتَ يدِ الغَيرِ من الأمْوالِ، كالعَيْنِ المغْصُوبةِ والمرْهُونةِ والعَاريّةِ والوَدِيعَةِ والمؤْجَرةِ.

= عشرين وسقاً من ثمار مال له بالغابة، فلم تحزه حتى حضرته الوفاة، فلم يجزه. وأخرج فيه أيضاً أن عمر بن الخطاب قال: ما بال رجال ينحلون أبناءهم نُحلاً ثم يمسكونها، فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي، لم أعطه أحداً، وإن مات هو قال: هو لابني قد كنتُ أعطيتُه إياه؟ من نَحَل نِحلة فلم يَحُزها الذي نُحِلها حتى يكون إن مات لورثته، فهي باطل.

قال سحنون في «المدونة»: وإنما أبطل عمر النُّحل التي لم تقبض، في الكبير الذي مثلُه يقبض لنفسه، ألا ترى أنه جوزه للصغير، وجعل الأب قابضاً له؟.

(١) غير أن الموهوب منه إذا كان جاداً في طلب الحيازة قبل حصول مانع من الموانع المذكورة، لم تبطل الهبة بذلك؛ فإن جده في الطلب بمنزلة الشروع في الحيازة.

فإن وَهبَها ربُّها ممَّن هي تحتَ يَدِهِ، فاستمْرارُ قبضِهِ للعَيْنِ بعْدَ العِلْمِ بهبتِها، يُعدُّ حِيَازَةً لها[١]، وإن وَهبَها من غيْرِه؛ ففي الغاصِبِ والمرْتهِنِ لا يَكونُ قبْضُهما حَوْزاً للمَوْهُوبِ منْه، بعكْسِ المُستعِيرِ والمودَعِ[٢]. وأمَّا المستأجِرُ فلَا يصِحُّ حَوْزُه لغيْرِه، ما لم يَشْترِطِ

(١) وهذا إذا وُجد منه ما ينعقد به التَّمْلِيك من جهته، وهو القبول. فإن علم بالهبة وقبلها في حياة الواهب، فلا خلاف في صحتها وتمامها؛ لوجود العقد مع الحوز. ولا يضر تراخي القبول عن العلم، ما لم يرجع الواهب، كالوصية.

وإن لم يعلم بها حتى مات الواهب، فلا خلاف في أنها تبطل بالموت وتعود ميراثاً؛ لأن القبول جواب للواهب، وذلك متعذر بعد موته. وأما لو وهبه شيئاً فقبضه ليتروى في أمره، ولم يقض بشيء حتى مات الواهب، فله القبول بعد موته؛ لأنه قبل قبولاً معلقاً على رضاه للشيء الذي وهب له، وذلك لا يفتقر إلى مخاطبة الواهب.

واختُلف فيما إذا علم بالهبة، ولم يصرح بالقبول حتى مات الواهب، فقال ابن القاسم في المودَع يُوهب ما تحت يده: ليس له أن يأخذ الوديعة، حتى يثبت أنه قَبِل الهبة قبل موت الواهب؛ لأن مجرد العلم بالإيجاب لا يتم به العقد. وقال أشهب: استمراره في قبضها بعد علمه بالهبة في معنى القبول، فيكفي في صحتها وتمامها.

والعارية كالودية في هذا التفصيل، وكذلك الدين؛ قال البراذعي في «التهذيب»: ومن وهبك ديناً له عليك، فقولُك: قد قبلتُ، قبضٌ، فإذا قبلتَ سقطَ، وإن قلت: لا أقبل، بقي الدين بحاله.اهـ.

(٢) ومما يبين الفرق بين الغاصب والمرتهن، وبين غيرهما:

أما الغاصب؛ فإن يده على العين المغصوبة يد ضمان؛ لكونها مستحقة الرد عليه في كل آن، فإذا هلكت في يده هلكت مضمونة عليه، وهبتها من الغير لا ينقلها عن هذه الصفة، فلا تكون يد الغاصب كيد الموهوب منه؛ =

المَوْهُوبُ منه الأُجْرَةَ مع الرَّقبةِ[١].

فَصْلٌ
في حِيَازَة الولي لمن هو في حجره

من أُعْطِيَ عَطِيةً من هِبَة أو صدَقَةٍ، وكان محجُوراً عليه لصغرٍ أو سفَهٍ أو جُنونٍ، قامَ وليُّهُ مقامَهُ في القَبُولِ والحَوْزِ. فإن كان الوَلِيُّ هو الواهِبَ، صحَّ حَوْزُهُ من نفسِهِ لمن هو في حِجْرِهِ، إذا أَشْهَدَ علَى

= لأنها لو كانت كذلك لكانت يد أمانة. فإن أمره ربها بقبضها للموهوب منه، صح الحوز وكان وديعاً. وهذا قول ابن القاسم وهو المشهور. وقال أشهب: قبض المغصوب لغيره حوز. ووجهه: أن الغاصب لما صار ضامناً للعين صار بحكم المدين، فكفى في حوزه الإشهاد على الهبة.

وأما المرتهن؛ فإنه قابض للعين على جهة التوثيق للدين، فلا يكون وكيلاً للموهوب منه إلَّا أن تخرج العين عن صفة الرهن، وذلك يقتضي ضرورة افتكاكها.

أما الوديع والمستعير؛ فإنهما وكيلان عن المالك في قبض العين؛ بدليل أن له استرجاعها في أي وقت شاء، فإذا وهبها من غيرهما مع إبقائها تحت أيديهما، فذلك كالإذن لهما بالحيازة عن الموهوب منه. والله أعلم.

(١) فلو كان لرجل دار مُكراة لغيره بألف في كل سنة، فوهبها بعد قبض أجرتها لسنة جديدة، فإنه يستمر ضامناً لها إلى تمام المدة، وذلك يقتضي بقاء يده عليها حكماً إلى ذلك الحين، فتتعذر حيازتها، ولو وهب الأجرة بعد قبضها لمن وهب له الدار؛ لأنها تصير هبة مستقلة إذ ذاك، بخلاف ما إذا وهب الأجرة قبل قبضها مع الدار، فإن ذلك ينقل الضمان إلى من وهبها منه، فيكون المستأجر كالوكيل عنه في الحيازة. والله أعلم.

وأجاز أشهب حيازة المستأجر وإن لم يهب الواهب الأجرة مع الرقبة.

الهِبَةِ[١]، من غيرِ اشْتراطِ رفْعِ يدِهِ عنها، ولا مُعاينَةِ المحْجُورِ لها، ولا صَرْفِ غلَّتِها في مَصَالحِهِ، إذا كانتْ من الأَمْوالِ التي تَتَعيَّنُ بذاتِها، كالدُّورِ والأَراضِي والثِّيابِ والحيوانِ ونحوِها، إلَّا أن يكونَ شيْئاً يختَصُّ بِهِ كمَسْكَنِه ومَرْكَبِهِ ومَلْبسِهِ[٢].

وأمَّا ما لا يَتعيَّنُ بذاتِهِ كالنُّقودِ والمِثْلِياتِ، فلا تصِحُّ فيها حِيَازَةُ الواهِبِ من نفسِهِ لمحْجُورِهِ، ولو أشْهَدَ على ذلك[٣].

---

(١) قال ابن عبد البر في «التمهيد»: وأجمع الفقهاء أن عطية الأب لابنه الصغير في حجره، لا يحتاج فيها إلى قبض، وأن الإشهاد فيها يغني عن القبض، وأنها صحيحة، وإن وَلِيَها أبوه، لخصوصه بذلك ما دام صغيراً. ثم قال: ولا أعلم خلافاً؛ أنه إذا تصدق على ابنه الصغير، بدار أو ثوب أو سائر العروض؛ أن إعلان ذلك بالإشهاد عليه، يُدخله في ملك الابن الصغير، ويخرجه عن ملك الأب، وتصح بذلك العطية للابن الصغير من هبة أو صدقة أو نِحلة. اهـ. وحكى ابن المنذر الإجماع على معنى ذلك أيضاً.

وهذا الإجماع مستند إلى قضاء عثمان ﷺ؛ روى مالك في «الموطأ» عنه أنه قال: من نَحَلَ ولداً له صغيراً لم يبلغ أن يحوز نُحْلَه، فأعلن ذلك وأشهد عليها، فهي جائزة، وإن وَلِيها أبوه.

وصفة الإشهاد: أن يعاين الشهود العين الموهوبة، ولا يكفي إخبار الواهب إياهم بها.

(٢) فإذا وهب الدار التي يسكنها من ولده الصغير أو بناته الأبكار، ثم استمر ساكناً لها حتى مات، بطلت الهبة وعادت للميراث، ولا يصح الحوز حتى يخليها من شواغله ويعاين الشهود ذلك، ومثله في سيارته التي يركبها وملابسه التي يلبسها؛ لأن الحوز يقتضي رفع اليد، والتمادي في الاستعمال ينافيه.

(٣) حيث كانت لا تتميز إلَّا بالعزل والتمييز. فإن أدركه مانع من موانع =

فَصْلٌ
في هِبَة أحد الزوجين من الآخر

إذا وهَبَ أحَدُ الزَّوجيْنِ من الآخَرِ شَيْئاً، صَحَّ إذا أشْهَدَ على ذلك، وإن لم يرْفَعْ يَدَهُ عن الهِبَةِ؛ لضَرُورَةِ الخُلْطَةِ التي بينهُما، إلَّا في دارِ السُّكْنَى، فإنَّها إن كانتْ للزَّوجِ فوهَبَها من الزَّوجةِ، ثُمَّ تماديَا على السُّكْنَى فيها، لم تصِحَّ حِيازَتُها بتلكَ الحَالِ[1].

فَصْلٌ
في رجوع الصدقة والهِبَة إلى ملك صاحبها

إذا تصَدَّقَ الرَّجُلُ بصدَقَةٍ من زكاةٍ أو نذْرٍ أو تطوُّعٍ، لم يكنْ له أن يسترْجِعَها إلى مِلْكِه بمُعَاوَضَةٍ ولا قَبُولِ تَبَرُّعٍ، إلَّا أن تعُودَ

= التبرع، كالموت، قبل إخراجها من حوزه، بطلت وعادت للميراث؛ لأن الشاهد لا يمكنه أن يشهد على شيء لا يتميز وقت إقامة الشهادة؛ لإمكان أن يكون ما شهد به غير الذي أُشهد عليه. فإن جعلها على يد أجنبي يكون قابضاً لها جاز. وحكى مالكٌ عليه العملَ المتوارث في آخر كتاب الوصية من «الموطأ».

(١) وإن أشهد على الهبة؛ لأن الزوج هو صاحب اليد في السكنى الزوجية، فاستمرارهما فيها بعد الهبة يمنع من حيازة الزوجة، بخلاف ما إذا كان ملك الدار لها، فوهبتها منه، فإن الإشهاد على الهبة يكفي في تمامها، واستمرار الزوجة في سكناها لا يمنع من صحة الحوز؛ لأنها تابعة للزوج. ولو كانت تخليتها للدار شرطاً في الحوز، لأدى ذلك إلى أحد أمرين: إما تعذر الهبة في الدار، وإما تعذر سكنى الزوج لها مع زوجته الواهبة، وكلاهما غير جائز.

مِيرَاثاً[(١)]. ويُكرَهُ له أن ينتفِعَ بها، برُكُوبٍ أو حَمْلٍ أو سُكْنَى، وأن

(١) كأن يعيدها بطريق الشراء أو الاتهاب أو قبول الصدقة. وتستثنى أيضاً ثمار العرايا، فيجوز للمعري شراؤها ممن أعراها منه؛ لدلالة السنة على ذلك كما سبق في البيوع.

وأما عود الصدقة إلى ملك المتصدق بطريق الميراث فلا شيء فيه؛ لأنه سبب جبري للملك لا دخل للإنسان فيه.

وإذا تصدق الوالد على ولده بصدقة، ثم صار إلى حال من الفقر تجب معها نفقته على ولده، فله أن ينفق على والده من صدقته، ولا يعد ذلك رجوعاً من الوالد في الصدقة لما بينا أن الرجوع يكون إما بمُعَاوَضَة أو قبول تبرع، والإنفاق الواجب ليس واحداً منهما، بل هو بالميراث أشبه.

ودليل النهي عن العود في الصدقة ولو بطريق المُعَاوَضَة عليها، ما أخرجه مالك واتفق عليه الشيخان عن عمر بن الخطاب؛ أنه قال: حملت على فرس عتيق في سبيل الله، وكان الرجل الذي هو عنده قد أضاعه، فأردت أن أشتريه منه، وظننت أنه بائِعُه برُخْصٍ، فسألت عن ذلك رسول الله ﷺ، فقال: «**لَا تَشْتَرِهِ وَإِنْ أَعْطَاكَهُ بِدِرْهَمٍ وَاحِدٍ، فَإِنَّ الْعَائِدَ فِي صَدَقَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ**». **حملت على فرس في سبيل الله**: تصدقت به على من يجاهد عليه.

قال ابن دقيق العيد في «شرح عمدة الأحكام»: وفي الحديث دليل على منع شراء الصدقة للمتصدق، أو كراهته. وعلل ذلك بأن المتصدق عليه ربما سامح المتصدق في الثمن، بسبب تقدم إحسانه إليه بالصدقة عليه، فيكون راجعاً في ذلك المقدار الذي سومح به. اهـ.

واختلف علماؤنا في شراء المسلم صدقته من الذي صارت إليه؛ هل هو على التحريم أم على الكراهة؟ فقال بالأول الباجي والداودي وجماعة، والظاهر من سياق الحديث يدل على ذلك؛ فإن تشبيه العائد بالكلب يعود في قيئه، يدل على أنه عمل في غاية القبح والشناعة. والقول الثاني اختاره اللخمي وابن عبد السلام، والشيخ خليل في «التوضيح»، وهو المشهور في المذهب. وأصله لمالك في «الموطأ»، فقد قال فيه في رجل تصدق بصدقة، =

يغْتَلَّ منها صُوفاً أو لَبَناً أو ثمرَةً أو أُجْرَةً[١].

وأمَّا منْ وَهبَ هِبَة، فلَهُ أن يسترْجِعَها إلى مِلْكِه بمُعَاوَضَةٍ أو قَبُولِ تَبَرُّعٍ، إلَّا أن يَعتصِرَها مِمَّنْ وَهبَها منه بعدَ حِيَازَتِها، فلا يجُوزُ إلَّا في الوالِدِ من وَلَدِهِ[٢]، إلَّا أن تَخْرُجَ عن مِلْكِ الوَلَدِ بمُعَاوَضَةٍ

= فوجدها مع غير الذي تصدق بها عليه تباع؛ أيشتريها؟ فقال: تركها أحب إلي. اهـ.

ومن الحجة للقول الثاني: قوله ﷺ: «**لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيٍّ إِلَّا لِخَمْسَةٍ**». وذكر منهم: «**أَوْ لِرَجُلٍ اشْتَرَاهَا بِمَالِهِ**». أخرجه مالك من حديث عطاء بن يسار، أرسله. ووصله ابن خزيمة في «صحيحه» من حديث أبي سعيد. فلم يفرق بين أن يكون المشتري لها صاحبها أو غيره، فدل على أن النهي في خبر فرس عمر رضي الله عنه، محمول على وجه التنزه لا التحريم خشية المحاباة، وأن الشراء إذا وقع لم يفسخ. ولأنه تملكها بسبب ليس فيه صورة التبرع ولا معناه، فصح كالميراث.

(١) وتصور ذلك: أن يبذل له مالك الصدقة هذه المنافع والغلات من طريق التبرع بها، أو من طريق المُعَاوَضَة عليها ببيع أو إجارة. فيكره لما في ذلك من معنى العود في الصدقة.

(٢) **واعتصار الهبة**: استرجاعها من الموهوب منه قهراً بغير عوض. وينعقد الاعتصار بكل لفظ يفيد معناه، كقوله: أرجع إلي هبتي، ورد علي ما أعطيتك.

والأصل في تحريم اعتصار الهبة، قوله ﷺ: «**الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ**». وفي لفظ: «**الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ**». أخرجه الشيخان عن ابن عباس. ودلالته على الحرمة ظاهرة، فإنه شبه فاعله، بأخس الحيوان في أخس أحواله، تصويراً للتهجين وتنفيراً منه. وحمله على التنزيه بناء على أن الكلب لا يحرم عليه العود في قيئه، يبطل فائدة التشبيه. وقد وقع في بعض الألفاظ: «**لَيْسَ لَنَا مَثَلُ السَّوْءِ، الَّذِي يَعُودُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَرْجِعُ فِي قَيْئِهِ**». =

....

= وسيأتي قريباً في حديث اعتصار الوالد من ولده، أن التحريم صريح في الرجوع.

ورجوع العين الموهوبة إلى ملكه بشراء أو اتهاب، ليس عوداً في الهبة؛ لأنه ليس إبطالاً لها، فكان خارجاً عما تناوله الحديث من الذم، وباقياً على حكم الأصل. فإن قيل: يلزم على هذا أنه إذا اشترى صدقته أو اتهبها، أنه لا يكره ولا يحرم؛ لأن ذلك ليس عوداً فيها كالهبة. قيل في جوابه: إن خبر ابن عمر في الصدقة، ورد على سبب وهو رجوعها إلى ملكه بالشراء، فدل ذلك على أنه داخل في عموم النهي دخولاً أوليّاً وقطعيّاً. ودل بطريق الأولى على أن الرجوع بقبول التبرع، أولى بالنهي منه بالمعاوضة. وهذا بخلاف خبر ابن عباس في الهبة.

ويقال أيضاً: تفترق الهبة عن الصدقة في المعنى من وجوه، وإن اجتمعت معها في معنى التبرع؛ فمن ذلك: أن الصدقة طهارة للمال والنفس، فهي كغسالة الوضوء والغسل، تذهب بالذنوب والأدران، وليس كذلك الهبة. ومن ذلك أيضاً: أنها يراد بها محض الأجر والمثوبة من الله ﷻ، والهبة تراد للتودد والصلة والألفة. وهذه المعاني تصلح للتفريق بين الهبة والصدقة، في خصوص رجوعهما إلى ربهما بسبب جديد من التملك غير الميراث، ففي الأولى جائز مطلقاً، وفي الثانية مكروه مطلقاً. والله أعلم.

• **فرع:**

وأما استثناء الوالد من عموم النهي الذي دل عليه الخبر السابق، فلقوله ﷺ: «**لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً، أَوْ يَهَبَ هِبَةً، فَيَرْجِعَ فِيهَا، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ**». أخرجه أصحاب السنن، وصححه الترمذي وابن حبان. ويروى من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص بإسناد حسن.

ودل الحديث على عدة أحكام:

أحدها: أن الرجوع في الهبة يختص بالوالد دون غيره من الأقربين والأزواج، فليس لهم الرجوع. =

....

= **الثاني**: أن الصدقة خارجة عن هذا الحكم بدلالة المفهوم، فإنها عطية يراد بها وجه الله وثوابه، فلا يجوز الرجوع فيها بعد ذلك مطلقاً.

الثالث: أن اسم «الولد» في الحديث يعم الذكور والإناث، والصغار والكبار، فللوالد الاعتصار منهم مطلقاً.

الرابع: أن للأم أن تعتصر من ولدها كالأب؛ لأنها تدخل تحت عموم «الوالد»، إلَّا أن علماءنا استثنوا اليتيم ـ وهو الصغير الذي مات والده ـ فإنها لا تعتصر منه ما وهبت له حال يتمه ولو بعد بلوغه، ولا تعتصر منه حال يتمه ما وهبت له قبل ذلك؛ لأن الهبة لليتيم تجري مجرى الصدقة التي لا رجوع فيها لأحد.

• **تنبيه في التسوية بين الأولاد في العطية:**

يستحب للوالد إذا أراد أن يعطي ولده عطية، أن يعطيهم جميعاً، ولا يخص بعضهم بالعطية دون بعض.

ويستحب أن يعدل بينهم في العطية، ومعنى ذلك أن يسوي بين الذكور والإناث، لما نذكره من الدليل، وهو اختيار أبي الحسن ابن القصار، وهو الراجح في المذهب. وقيل: العدل بينهم أن يعطي الذكر مثل حظ الأنثيين، اعتباراً بالميراث، وهو اختيار أبي إسحاق ابن شعبان.

فإن اختص أحدَهم بالعطية، أو بزيادة على الآخرين، لحاجة تقتضي التخصيص، كإعانته على زواج، أو قضاء دين، أو لكثرة عياله مع قلة ماله، أو عجزه عن الكسب، جاز من غير كراهة؛ لأنه يجري مجرى الصدقة. وإن كان ذلك لمجرد الإيثار، كان مكروهاً مخالفاً للأولى، ونفذ على كل حال.

والدليل على أن المستحب إذا أعطى أولاده، أن يعطيهم جميعاً، ولا يفرق بينهم، حديث النعمان بن بشير؛ أنه قال: إن أباه بشيراً أتى به إلى رسول الله ﷺ، فقال: إني نحلت ابني هذا غلاماً كان لي، فقال رسول الله ﷺ: «**أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا؟**» فقال: لا، قال رسول الله ﷺ: «**فَارْتَجِعْهُ**». أخرجه مالك بهذا اللفظ، واتفق عليه الشيخان بألفاظ مختلفة متقاربة. =

....

= وفي بعضها أنه قال له: «**فَأَشْهِدْ عَلَى هَذَا غَيْرِي**». ثم قال: «**أَيَسُرُّكَ أَنْ يَكُونُوا إِلَيْكَ فِي الْبِرِّ سَوَاءً؟**». قال: بلى. قال: «**فَلَا إِذاً**». وفي بعضها أنه قال له: «**فَلَا تُشْهِدْنِي إِذاً، فَإِنِّي لَا أَشْهَدُ عَلَى جَوْرٍ**». وفي لفظ: «**فَلَيْسَ يَصْلُحُ هَذَا، وَإِنِّي لَا أَشْهَدُ إِلَّا عَلَى حَقٍّ**». وفي بعضها أنه قال له: «**اتَّقُوا اللهَ وَاعْدِلُوا فِي أَوْلَادِكُمْ**». قال: فرجع أبي فرد تلك الصدقة.

فدلت هذه القصة بمجمل رواياتها، على النهي عن إعطاء بعض الأولاد دون بعض، وأن فعل ذلك يؤدي إلى العقوق وترك البر، وكذلك يورث الحسد والضغينة بينهم.

والحديث يدل بظاهر ألفاظه، على أن الأمر كان للوجوب، والنهي للتحريم، وأن العطية إذا كانت كذلك كانت باطلة مستحقة للرد. وإلى هذا ذهب جماعة من العلماء منهم أحمد وإسحاق. وحمله الجمهور على الندب في الأمر، والتنزيه في النهي؛ لما سبق أن أبا بكر نحل ابنته عائشة من دون سائر ولده، عشرين وسقاً من ثمار مال له بالغابة. وفضل عمر ابنه عاصماً بشيء أعطاه إياه، وفضل عبد الرحمٰن بن عوف ولد أم كلثوم. ذكره الشافعي في «الأم». ولأنه لما جاز أن يمنعهم جميعاً، وأن يعطيهم جميعاً، جاز أن يعطي البعض ويمنع البعض، كهبته لبعض أولاد غيره. ولأن غاية ما في تفضيله أنه تركٌ للأفضل، كما لو أعطى أجنبيّاً وترك رحمه.

وأما قوله ﷺ: «**فَارْتَجِعْهُ**»، فلا حجة فيه على البطلان؛ لأنه لما كان جائزاً للوالد أن يعتصر ما وهب من ولده ابتداء من غير سبب، كان أولى أن يعتصره إذا فعله على الوجه المكروه، كما هاهنا، فكان أمره ﷺ محمولاً على الإرشاد لهذا الذي هو أولى.

وأما قوله ﷺ: «**فَإِنِّي لَا أَشْهَدُ عَلَى جَوْرٍ**» فلا حجة فيه على الحرمة؛ فإن الجَوْر في اللغة العدول عن القصد؛ قال تعالى: ﴿وَعَلَى ٱللَّهِ قَصْدُ ٱلسَّبِيلِ وَمِنْهَا جَآئِرٌ﴾ [النحل: ٩]. وقال العراقيون لعمر رضي الله عنه: إن رسول الله ﷺ حد =

أو تَبَرُّعٍ أو مِيراثٍ، أو تتغَيَّرَ عَينُها بزيادةٍ أو نقْصٍ، أو تُنكَحَ البِنْتُ، أو يُدايَنَ الابْنُ بقرْضٍ أو بَيْعٍ أو يُنكَحَ إليه، لأجْلِ ما وَهَبَ لهما والِدُهما، أو يَتَغَيَّرَ حالُ الواهِبِ أو المَوْهُوبِ منه بمرَضٍ يُخافُ منه الموْتُ(١).

= لأهل نجدٍ قرناً، وإنه جَور عن طريقنا. أخرجه البخاري. يعني: خارج عن طريقنا إلى مكة. ويقال للسهم إذا خرج عن الغرض: إنه جار.

وإذا ثبت هذا، فإن من الجَوْر في الشرع ما هو خلاف العدل الواجب، كالجور في الحكم، وكقسمة التركة على خلاف سهام الميراث، ومنه ما هو خلاف العدل المستحب، كعدم التسوية بين الأولاد في العطية. وإنما امتنع النبي ﷺ أن يشهد عليه، وأمر بشيراً أن يُشهد عليه غيرَه؛ لأنه لا يشهد إلا على الأتم في العدل، والأكمل في الصلاح. وقد امتنع عليه الصلاة والسلام عن الصلاة على من عليه دين، ولم يترك وفاء، وأمر المسلمين أن يصلوا عليه.

وفي قوله ﷺ: «**أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا؟**» دليل على أن التسوية بين الأولاد في العطية أن يعطي الذكور مثل ما يعطي الإناث، ولا يسلك بها سبيل الميراث. ويشهد له حديث ابن عباس، رفَعَه: «**سَوُّوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ فِي الْعَطِيَّةِ، فَلَوْ كُنْتُ مُفَضِّلاً أَحَداً لَفَضَّلْتُ النِّسَاءَ**». أخرجه سعيد بن منصور في «سننه» ومن طريقه البيهقي. وحسَّن الحافظ ابن حجر إسناده في «الفتح». والله أعلم.

(١) أما فوات حق الوالد في اعتصار الهبة من ولده، بسبب حدوث نكاح أو مداينة من أجل العطية التي أعطاه أبوه إياها، فإن مالكاً نص على ذلك في «الموطأ» ونقل فيه العمل عندهم. ووجهه من جهة المعنى: أن الناس لما داينوا الولد أو أنكحوه لأجل توسع حاله بالهبة، صار ذلك في معنى تعلق حق الغير بتلك الهبة، فكان في استرجاعها إبطال لما وجب من حق الغير، وإضرار به ودلت قواعد الشريعة على أنه لا ضرر ولا ضرار. والله أعلم.

فَصْلٌ
في هِبَة الثواب

ويجُوزُ أن يَبذُلَ المُسلِمُ هِبَةً يتوسَّلُ بها إلى الإثابَةِ منها، وهي مُعَاوَضَةٌ، فلَهُ الرُّجوعُ فيها إن لم يُكَافَأُ منها بما يُرضِيهِ[(١)]. ويَجوزُ أن يكونَ العِوَضُ مُسَمًّى ومَسْكُوتاً عنه[(٢)]. فإن كان مُسَمًّى جَرَى العَقْدُ مجرَى البَيْعِ، فيَلزَمُ المَوْهُوبَ منه إذا قَبِلَ الهِبَةَ أن يَبْذُلَ العِوَضَ بعينِهِ إن كان مُعَيَّناً، وبصفتِهِ إن كان مَوْصُوفاً. وإذا كان مُبْهَماً جازَ لَهُ

---

(١) لأن المعاوضات مبنية على التراضي بين المتعاوضين فيما يتبادلانه من الأموال والمنافع؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. وسيأتي ما يبين أنه إن أثيب على هبته بقيمتها لم يكن له الرجوع.

(٢) والعوض المسمى على ثلاثة أضرب؛ إما معين بذاته كهذه السيارة، أو بجنسه مع قدره، كقنطار من الحنطة الفلانية؛ وإما مضبوط بالصفة دون التعيين، كالمسلم فيه؛ وإما معين بجنسه مبهم الصفات، كثوب أو شاة. وأما العوض المسكوت عنه، فهو ما عري عن التعيين بواحد من الطرق المذكورة، كقول الواهب: أهبك هذا الثوب على أن تكافئني منه.

والهبة على شرط الإثابة منها مع إبهام العوض جائزة كما ذكر، بالقياس على نكاح التفويض؛ ألا ترى أن الصداق لما كان يبذل في النكاح على وجه المكارمة والتودد، جاز السكوت عن ذكره في العقد، مع عدم القصد إلى إسقاطه؟ فكذلك الهبة لما كانت مقصودة للتحبب والصلة، جاز التوسل بها للثواب منها مع السكوت عن ذكر العوض.

ومن شرط العوض أن يكون من العين الموهوبة، بمنزلة المسلم فيه من رأس مال السلم، فلا يجوز أن يثاب من النقود نقوداً، ولا من الطعام طعاماً، ولا من اللحم حيواناً من جنسه.

ارْتِجَاعُها من يَدِ المَوْهُوبِ منْه، إن لم يُكافَأْ منْها بما يُساوِي قيمَتَها أو يَزِيدُ(١).

وإذا قَبَضَها المَوْهُوبُ منْه، ثُمَّ تنازَعَا في قَصْدِ الثَّوابِ، صُدِّقَ الواهِبُ بيَمِينِه، ما لم يَشْهدْ عُرْفٌ بضِدِّهِ(٢)، كهِبَةِ غَنِيٍّ من فقِيرٍ، والإهداءِ للعالِمِ والرَّجُلِ الصَّالحِ، وأحَدِ الزَّوجيْنِ للآخَرِ، والقَريبِ من قريبِهِ.

---

(١) فإن قبضها منه، فبذل له فيها مكافأة تساوي قيمتها فأكثر، لزمه قبول العوض، اعتباراً بنكاح التفويض؛ فإن الزوج إذا بذل للزوجة مهر المثل أو أكثر لزمها النكاح. أما قبل قبض الهبة من الواهب، فلا يلزمه ما يبذل له الموهوب منه من قليل ولا كثير؛ لأن ذلك يلزمه بأحد أمرين: إما بتعيين العوض الذي يصيرها كالبيع، وإما بحصول القبض الذي يدل على أن الواهب راضٍ بقيمتها.

ولا يلزم الموهوبَ منه بذلُ القيمة بقبض الهبة، بل هو مخير بين الرد وبذل العوض فيها؛ لأنه إذا جاز له أن يرد القيمة فأولى أن يجوز له رد العين، كما في القرض، إلَّا أن تفوت بيده بهلاك أو استهلاك أو تغير في العين بنقص أو زيادة، فيلزمه بذل القيمة؛ لأنه إذا لزمه بذل القيمة مع بقائها إذا استبقاها، فأولى أن تلزمه إذا فاتت في يده. وعليه العمل؛ قال مالك في «الموطأ»: الأمر المجتمع عليه عندنا؛ أن الهبة إذا تغيرت عند الموهوب له للثواب، بزيادة أو نقصان، فإن على الموهوب له أن يُعطي صاحبها قيمتها، يوم قبضها.

(٢) وذلك فيما إذا استوى الأمران بالنظر إلى العرف، بحيث لم يشهد له ولا عليه، أو شهد له. أما إذا شهد بضد قوله فيصدق الموهوب منه، كما في الأمثلة المذكورة، وكما في هبة النقود، فإن العادة جارية بأنها لا توهب للثواب، فإن قام عرف خاص بهبتها للثواب، عمل به وترك له العرف العام.

فَصْلٌ
في العُمْرى والرُّقبى

والعُمْرَى جائزَةٌ، وهيَ هِبَةُ منفعَةِ عيْنٍ مَمْلوكةٍ من عَقَارٍ أو منْقُولٍ، مُدَّةَ حياةِ المُعطَى[1]. فإذا ماتَ المُعْمَرُ رجَعتْ لِصَاحِبِها الذي أُعمِرَها إن كان حَيّاً، ولوارِثِه إن كان قدْ مَاتَ[2].

---

(١) وسميت عُمْرى ـ على وزن فُعْلى ـ لكونها منفعة مقدرة بعمر المعطَى. فإن قدرت بعمر المتبرع أو شخص آخر أجنبي، لم تسم عُمْرى، وإن كانت جائزة؛ لأن الجهالة في المدة لا تضر في التبرعات. وكذا إذا قال له: أسكنك داري ما دمنا حيين معاً، فإن مات أحدنا عادت إلى ملكي، فهي هبة صحيحة في المنافع.

والعمرى كالعاريّة في كونها تبرعاً في منافع الأعيان، إلَّا أنها تفارقها في كون الانتفاع فيها يستمر مدة عمر المعطَى، وليست العمرى تمليكاً مؤقتاً؛ لأن التَّمْلِيك لا يتأقت في الأعيان. والله أعلم.

(٢) وهذه الجملة تفسير لمعنى الجواز المذكور في أول الفصل؛ فإن معنى الكلام: يجوز هبة منفعة العين، لمدة تنتهي بحياة المعطَى، ثم تعود لصاحبها أو ورثته الذين يكونون يوم موته؛ لأنه اليوم الذي ينتقل فيه ملكه إليهم.

وتنعقد العمرى بما يدل على معناها من لفظها أو غيره، كقوله: أعمرتك داري، أو وهبتك سكناها ـ أو أسكنتك فيها ـ مدة حياتك، أو أعطيت أرضي لفلان ينتفع بها زرعاً وغرساً له ولعقبه، فيتوارثون منفعتها إلى آخر إنسان منهم، ثم تعود للمعمِر أو وارثه الموجود يوم المرجع. وكذلك في الحيوان والثياب والسلاح والسيارات والحلي، وغيرها من الأموال الاستعمالية.

والدليل على أن العمرى بالمعنى الذي سبق من تفسيرها، ترجع إلى صاحبها، ولا تكون للمعطَى وورثته على التأبيد، أن «**المسلمين على شروطهم**» وهذا أصل يتناول شروط المسلم في تبرعه بماله، وقد شرط =

....

= الواهب في العمرى أن ترجع إليه بعد موت المُعْمر، فوجب أن يَنفُذ شرطه. وعلى ذلك توارث العمل في المدينة، ففي «الموطأ»: عن عبد الرحمٰن بن القاسم أنه سمع مكحولاً الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمرى، وما يقول الناس فيها. فقال القاسم بن محمد: ما أدركتُ الناس إلَّا وهم على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا. قال يحيى: وسمعت مالكاً يقول: وعلى ذلك الأمر عندنا؛ أن العمرى ترجع إلى الذي أَعمرها إذا لم يقل: هي لك ولعقبك. اهـ.

وأما ما رواه جابر ﵁: أن رسول الله ﷺ قال: «**أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ، فَإِنَّهَا لِلَّذِي يُعْطَاهَا، لَا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا أَبداً**». لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث. أخرجه مالك ومسلم. فبعضه لا يعارض ما سبق، وذلك فيما إذا اشترط المعمِر أن العمرى ترجع إليه بعد وفاة المعمَر، كما تدل عليه روايات الحديث في صحيح مسلم، ومنها قول جابر: إنما العمرى التي أجازها رسول الله ﷺ، أن يقول: هي لك ولعقبك، فأما إذا قال: هي لك ما عشتَ، فإنها ترجع إلى صاحبها. وأما البعض الآخر الذي يدل على أن المعمِر إذا جعل منفعة الدار لعقب المعمَر من بعده، فإنها لا تصير بذلك الشرط ملكاً لهم، فهذا ما دل عمل أهل المدينة على تركه. والله أعلم.

● **تنبيه:**

لا يصح الاستدلال على مشروعية العمرى، لمن قال بمثل قول المالكية، بما في «الصحيحين» عن أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال: «**الْعُمْرَى جَائِزَةٌ**». ويروى نحوه من حديث جابر بن عبد الله وسمرة وابن عباس. فليس المراد هنا حليتها، بل إمضاءها وثبوت الملك فيها لمن أعطيها، وذلك يقتضي أن لا ترجع إلى المعطي، وهو ضد ما يُرام له الدليل. ومما يبين أن معناه على ما ذكرنا، قوله في حديث جابر عند مسلم: «**الْعُمْرَى لِمَنْ وُهِبَتْ لَهُ**». وفي رواية: «**الْعُمْرَى مِيرَاثٌ لأَهْلِهَا**». وقال الترمذي في «سننه»: وروي من =

وحُكمُها في الحَوْزِ كالهِبَةِ؛ فإن حازَها المُعمَرُ قبْلَ حدُوثِ مانِعٍ بالمُعمِرِ من موْتٍ أو اختلالِ أهْلِيةِ تبَرُّعِهِ، لزِمَتْ، وإلَّا بَطَلتْ.

والرُّقْبَى باطِلةٌ، وصُورَتُها أن يقولَ إنسانٌ لآخَرَ: إن مِتُّ قبلَكَ فدارِي لكَ، وإن مِتَّ قبْلي فدارُكَ لي. ومثلُ ذلك في أَرْضَيْهما أو أرضِ أحَدِهما ودارِ الآخرِ، وفي سَائرِ الأَمْوالِ من عَقَارٍ ومنقُولٍ[1].

* * *

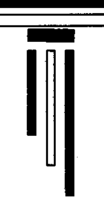
= غير وجه عن النبي ﷺ؛ قال: «**الْعُمْرَى جَائِزَةٌ لأَهْلِهَا**». والعمل على هذا عند بعض أهل العلم؛ قالوا: إذا مات المعمَر فهو لورثته، وإن لم تُجعل لِعَقبه. وهو قول سفيان الثوري وأحمد وإسحاق. اهـ.

(١) وعلة البطلان فيها واضحة من اشتمالها على المخاطرة؛ قال ابن شاس: لأن كل واحد منهما يقصد إلى عوض لا يدري هل يحصُل له أو يحصُل عليه، ويتمنى كل واحد منهما موت صاحبه. اهـ.

ويفسخ العقد قبل موت أحدهما، ويرد ماله لوارثه بعد موته، ولا يرجع مراجع الأحباس لفساد العقد.

أما إذا قال الرجل للآخر: إن مت قبلك فداري أو سيارتي الفلانية لك، ثم التزم الآخر له بعد ذلك مثل ذلك، فهما التزامان مستقلّان يسلك بهما مسلك الوصية.






باب الوقف

أركانُ الوَقْفِ[١] **أرْبَعةٌ**: الواقِفُ، والموقُوفُ، والموقُوفُ عليهِ، والصِّيغةُ.

---

(١) **الوقف** في اللغة: مصدر وقف يقف إذا حبَس. فالوقف والحبس مترادفان على معنى واحد. والحبس أكثر وأشهر في الاستعمال عند فقهائنا، وهي التسمية التي وردت في السنة في قول النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه: «**إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا**».

وهو يختص في الاصطلاح الفقهي بحبس العين المملوكة عن البيع والهبة، وما في معناهما، لغرض تسبيل ثمرتها.

ويلزم الوقف إذا انعقد صحيحاً من جهة الواقف، ولا يتوقف على حكم حاكم.

والأصل في مشروعيته ما روى عبد الله بن عمر قال: أصاب عمر أرضاً بخيبر، فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضاً بخيبر، لم أصب مالاً قط هو أنفس عندي منه، فما تأمرني به؟ قال: «**إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا**». قال: فتصدق بها عمر: أنه لا يباع أصلها، ولا يبتاع ولا تورث ولا توهب، قال: فتصدق عمر في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل، والضيف، ولا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول فيه. أخرجه الشيخان واللفظ لمسلم. قال الترمذي في سننه: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم، لا نعلم بين المتقدمين منهم من ذلك اختلافاً، في إجازة وقف الأرضين وغير ذلك.اهـ. =

وشَرْطُ الواقِفِ: أن يكونَ من أهْلِ التَّبرُّعِ[1].

= وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**إِذَا مَاتَ الإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ، إِلَّا مِنْ ثَلَاثَةٍ؛ إِلَّا مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ**». أخرجه مسلم. فقوله: «**صدقة جارية**» فسرها النووي بالوقف. وذلك أن صدقة الوقف صدقة في المنافع والغلات وهي لا تنقطع ما دامت العين سليمة قائمة، فيجري ثوابها على صاحبها بعد موته ما دامت جارية.

(١) وأهل التبرع سبق في باب الهبة أنه البالغ العاقل الرشيد المختار. فلا يصح وقف الصغير، ولا المجنون، ولا السفيه، ولا المكره.

ويصح وقف الصحيح في القليل والكثير من ماله. فلو وقَفَ داراً أو أرضاً أو بستاناً، وقفاً مؤبداً أو مؤقتاً بمدة مقدرة بعدد من السنين، أو بحياة من وقف عليهم بأعيانهم أو مع عقبهم، نفذ الوقف ولزم في الحال إذا لم يضفه إلى ما يستقبل من موته أو غير ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]. ولا كلام لورثته، ولو كان كبيراً يرجون ميراثها منه، وكانت جميع ما يملك، كما لو تصدق بعينها صدقة مُبَتَّلة.

والمريض مرضاً يرجو الصحة منه، كالصحيح في الوقف وسائر التصرفات.

وأما المريضُ مرضاً يُخاف منه الموت في العادة والغالب، فوقفه يجري مجرى الوصية. قال ابن القاسم في «المدونة»: وما كان في المرض من صدقة، أو حبس، فهو في الثلث بمنزلة الوصية؛ يجوز من ذلك ما يجوز من الوصية.اهـ. فلا ينفذ إلَّا من الثلث، ولا يصح على وارث في قليل ولا كثير. فإن أجاز الورثة الزائد على الثلث، والموقوف على بعضهم، صح ولزم؛ لأن المنع لتعلق حقهم بالمال، وقد أسقطوه بالإجازة.

● **فرعان**:

الأول: لو وقف المريض على وارث أو زيادة على الثلث، ثم صح، =

....

= فقد ذكر الخرشي والدسوقي، أن الوقف ينقلب صحيحاً، كما لو وقفه في صحته. ومعنى ذلك عندي ـ والله أعلم ـ أن الصحة تختص بما تمت الحيازة فيه، ثم صح قبل الرد، فيقر لزوال مانع الفسخ. أما إن لم يحُز عنه حتى صح، فالذي يتجه عدمُ الصحة، فلو لم يستأنف عليه وقفاً جديداً حتى مات، كان ميراثاً كالطِّلْق من ماله.

الثاني: لو وقف المريضُ مالاً على جميع ورثته، لم يجز ولو كان الذي وقفه ثلث ما يملك أو دونه؛ لأن غاية ما صنعه بتصرفه هذا، أنه رَامَ منْعَهم ما يجب لهم بالميراث، وهو ملك الرقبة، فكان مُضراً بهم لا نافعاً لهم. وهذا بخلاف ما لو وقف على بعضهم وأجازه الباقون، فإن الموقوف عليه يختص بمنفعة ما وقف عليه، كغير الوارث.

وهذا إذا وقف المريض ماله على ورثته بأعيانهم، أما إذا جعله معَقَّباً في ذريتهم، فالوقف يصح إذا حَمَله الثلثُ، ويدخل جميع الورثة فيه، من تناولتهم تسمية الوقفية وغيرهم. ثم يُجعل الوقف على جزأين أحدهما للورثة، والثاني للموجودين من غيرهم، فما ناب الوارثين قُسِم بينهم على قدر سهامهم في الميراث، وما ناب غيرهم قُسِم بينهم على قدر حاجتهم، فإن استووا في الحاجة كان بينهم بالسوية. وهذه المسألة مشهورة في كتب المذهب بمسألة «ولد الأعيان».

وإنما جاز وقف المريض على ورثته على هذا الوجه؛ لتعلق حق الغير بجملة الوقف؛ وذلك أنه أدخل معهم غير الوارثين من ذريتهم وعَقِبهم، ولا سبيل إلى انتقال الوقف إلى العَقِب، إلا بإجازته في آبائهم، فجاز في الوارثين من طريق الضرورة. ولهذا المعنى كان مقسوماً بينهم على صورة الميراث، وليس على قدر الحاجة كما في الأوقاف المحضة.

وأوضح هذه الجملة بمثال:

من كان له ثلاثة من الأولاد، وأربعة من أولاد الأولاد، وأم وزوجة، فوقف داره في مرض موته، على أولاده وعَقَّبها في ذريتهم؛ فإن كانت الدار =

فَصْلٌ
في الموقوف

والأَصْلُ أن كُلَّ عَيْنٍ ماليةٍ لها مَنْفَعَةٌ أو غلَّةٌ يجوزُ تناوُلُها بالتَّبرُّعِ مع بقَاءِ العَيْنِ[1]، يجُوزُ وقْفُها، إذا كانتْ مملوكَةً لواقِفِها،

= خارجة من ثلث ماله، صح الوقف في الجملة، ولو قصر الوقف على أولاد أولاده مع أولاده، ولم يجعله مُعقَّباً في من سيولدون، بطل نصيب الأولاد، ونفذ نصيب أولاد الأولاد. وهذا معنى قول ابن شاس: ولا يجوز الوقف على الوارث في مرض الموت، فإن شَرَّك بينه وبين معين ليس بوارث، بطل نصيب الوارث خاصة.اهـ.

ثم تجعل الدار على سبعة سهام بعدد رؤوس أولاد الأعيان مع أولادهم. وتدخل الأم والزوجة مع أولاد الأعيان الثلاثة في نصيبهم الذي هو ثلاثة أسباع، ويقسم بينهم على فرائض الله؛ للأم السدس وللزوجة الثمن، وإن كان بين الأولاد أنثى فلها نصف ما للذكر.

وأما أولادهم الأربعة، فيُقْسَم نصيبهم بينهم على قدر حاجتهم، كما لو كانت جملة الوقف مختصة بهم. وكلما مات وارث من أولاد الأعيان أو الزوجة أو الأم، رجع نصيبه للموجودين من ذرية الذرية. وعبر ابن شاس عن هذه الجملة بقوله: فإن شَرَّك معه ـ يعني الوارثَ ـ غيرَ معين مع التعقيب أو المرجع، فما خص من ليس بوارث فهو حبس عليه، وإن كانوا جماعة فهو بينهم، وما خص الوارث فهو بين جميع الورثة على فرائض الله، إلا أنه موقوف بأيديهم ما دام المحبس عليه من الورثة حيّاً، فإذا انقرض خَلَص الجميعُ حبساً لمن معهم في الحبس من غير الورثة.اهـ.

(١) وأما ما لا ينتفع به من الأموال إلَّا باستهلاك عينه، كالطعام والنقود، فإنها تقبل الوقف في قول ابن القاسم؛ بجعلها معدة للقرض، فإن المقترض إذا انتفع بما اقترضه ورد مثله، صار ذلك في معنى تحصيل المنفعة مع بقاء العين.

سواءٌ كانَ الممْلُوكُ أو الموقُوفُ مَقْسُوماً أو مُشاعاً[1]. فأمَّا العَقَارُ

---

(١) مثال الوقف في المقسوم: أن يقف داراً يملكها ملكاً مستقلّاً، أو يكون له نصف دار مشتركة بينه وبين غيره، وذلك النصف مقسوم معلوم، فيقفه كله. وكذلك في سائر الأجزاء، وفي الأرض والبستان وسائر أنواع العقار.

ومثال الوقف في المشاع: أن تكون الدار أو الأرض، بينك وبين غيرك، تملك منها جزءاً معلوماً كالنصف والثلث، ملكاً غير مقسوم بل شائع في جميع الرقبة، فتقف نصيبك، أو تكون الدار أو الأرض خالصة لك في الملك، فتقف نصفها أو ثلثها مثلاً، وتستبقي الباقي.

فيصح الوقف في الصورتين كالهبة في قول جمهور العلماء. وقال محمد بن الحسن: لا يصح فيما يقبل القسمة، وبناه على أصله في شرطية القبض في صحة الوقف، والمشاع يمنع القبض، وأجرى هذا الحكم أيضاً في الإجارة.

ومن الحجة على جواز وقف المشاع: أن عمر رضي الله عنه أصاب مئة سهم من أرض خيبر، وهي التي استشار النبي ﷺ فيها، فأشار عليه بوقفها، ولم تكن أرض خيبر يومئذ مقسومة، فثبت منه صحة قول الجمهور. ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مقسوماً، فجاز عليه مشاعاً كالبيع، ولأن الوقف تحبيسٌ للأصل وتسبيل للثمرة، وهذا موجود في المشاع كوجوده في المقسوم. ولأنه يجوز إذا فعله الشريكان معاً، فوجب أن يجوز إذا فعله أحدهما في نصيبه، كالبيع.

واشتراط القبض في صحة الوقف والإجارة غير مسلم؛ لأن القبض ليس مقصوداً لذاته، بل للتوصل للانتفاع بالمعقود عليه، وذلك موجود في المشاع؛ فإن المستأجر والموقوف عليه ينتفعان به مع الشريك بطريق المهايأة، كالمالك.

● فرع:

إذا ثبت جواز وقف المشاع في الجملة، فللشريك حق في الجملة في إجازة الوقف أو القسمة؛ لدفع الضرر عنه، بمشاركة من قد لا يرضاه في =

....

= الانتفاع. وفي ذلك تفصيل، إذ قد تكون جملة العين التي وقع فيها الوقف، مما ينقسم أو مما لا ينقسم:

فإن كانت مما يحتمل القَسْم: كالدور، والبيوت الكبيرة، والأرضين، والبساتين، فوقف أحد الشريكين نصيبه، نفذ الوقف ولزم؛ لأنه لا ضرر على الشريك، فله إن كره البقاء على الشركة أن يقاسم شريكه.

وليس له أن يأخذه بحق الشفعة؛ لأنه لم يخرج عن ملك شريكه بالتسبيل؛ لأنه وقف الأصل وتصدق بالثمرة، وذلك لا يثبت به حق الأخذ بالشفعة، كالإجارة والإعارة.

وإن كانت العين مما لا يقبل القسمة إلا بوقوع الضرر في جملتها، وبطلان منفعتها، كالحيوان والسفن وسائر المراكب، والبئر، والرحا، والحمام، والبيت الصغير الذي إذا قسم لم يصر في نصيب كل واحد ما يصلح أن يكون بيتاً، فهذا لا سبيل فيه إلى القسمة إلا بطريق البيع؛ لأن فيها إتلافاً للأموال، وضرراً محضاً على الشركاء جميعاً أو على بعضهم.

فليس لأحد الشريكين أن يوقف نصيبه دون إذن شريكه، فإن استأذنه فأذن، نفذ الوقف ولزم. وله بيع نصيبه إذا شاء ممن شاء، وليس له المقاسمة؛ لأنها تبطل حكم الوقف، وذلك غير جائز؛ لأنه إنما تم برضاه، ومن سعى في نقض ما تم من جهته، فسعيه مردود عليه.

وإن لم يستأذنه في وقف نصيبه، أو استأذنه فأبى، فاختلف المذهب في ذلك على ثلاثة أقوال:

أحدها: يبطل الوقف بحكم الشرع. واختاره أبو الحسن اللخمي. ووجهه: أن الوقف يمنع البيع في النصيب الموقوف، وذلك يقطع حق الشريك في المقاسمة إذا دعا إليها، فإنها لا تتم فيما لا يحتمل القسمة إلا ببيع جملة العين. ولأنها إذا تعيبت واحتاجت إلى إصلاح، لم يجد الشريك غير الواقف من يصلحها معه؛ لأن الإصلاح لا يلزم الواقف ولا الموقوف عليه.

والثاني: يبطل برد الشريك. حكاه أبو بكر بن زرب فيما نقله عنه ابن =

فلم يُختلفْ في جوازِ وقْفِهِ في المذْهَبِ، كالأَرَاضِي والمبَانِي والآبَارِ والطُّرُقِ(١). وأمَّا الحيوانُ من الأَنْعامِ والدَّوابِّ(٢)، والعُرُوضِ من الثِّيابِ والأثَاثِ والسِّلاحِ والكُتُب والحُلِيِّ وعُدَدِ الصَّنائعِ ونحوِها، ففيهما روايتانِ، أصحُّهما الجَوَازُ(٣).

= سهل في «أحكامه». ووجهه: أن المنع متعلق بحقه، فلما كان له أن يأذن فيه ابتداء، كان له أن يجيزه انتهاء، كالوارث في وصية مورثه لوارث آخر، أو بزائد على الثلث.

والثالث: يلزم وتُباع جملة العين، فما أصاب المُسبِّلَ من الثمن في حصته، اشتُري به ما يكون صدقة مُحبَّسة في مثل ما سبَّلها فيه. وهو اختيار ابن زرب، وهو أقوى الأقوال من جهة النقل. ووجهه: أنه لما كان جائزاً للشريك الواقف، أن يدعو إلى البيع لقسمة الثمن من غير سبب، فيُجبر له شريكه، كان له إذا وقف نصيبه وكره شريكه، أن يتوصل إلى القسمة بالبيع، لتنفيذ الوقف بصرف حصته من الثمن في مثل ما سبَّلها فيه، ودَفْع ضرر الشركة عن الآخر.

(١) فالأراضي توقف للتبرع بمنافعها من الزراعة والغرس والبناء ودفن الموتى، والبساتين توقف لثمارها، والمباني توقف لوجوه المنافع من مثل السكنى واتخاذها مساجد ومدارس ومستشفيات، وللصناعة والتجارة فيها، وتوقف الآبار للشرب، والطرق للمرور.

(٢) **الأنعام**: الإبل والبقر والغنم، **والدواب**: الخيل والبغال والحمير. والأنعام توقف لغلاتها من اللبن والصوف والوبر، ومنافعها من الحرث على البقر، والركوب والحمل على الإبل، وكذلك كالدواب. وقد آلت منافع الأنعام والدواب إلى المراكب الآلية من السيارات والشاحنات والجرارات، فيصح وقفها لتلك المنافع. والله أعلم.

(٣) فوجه رواية المنع: أن الوقف إنما يراد في الأصل للتأبيد والدوام، وذلك لا يمكن في غير العقار، فاختص الوقف به لذلك، كالشفعة لما =

فَصْلٌ

في الموقوف عليه

والموقُوفُ عليه ضربانِ: إنْسانٌ، وجِهةٌ تختصُّ بمَنْفَعَةٍ عامَّةٍ.

فأمَّا الإنْسانُ؛ فيجُوزُ الوقْفُ عليه سَواءٌ كان مُعَيَّناً باسمِه كزَيْدٍ، أو باسْمٍ مُشترَكٍ يدُلُّ على عدَدٍ محْصُورٍ كأوْلادِ فُلانٍ وعَقبِهِ، أو بصِفةٍ مُخصَّصةٍ كطُلَّابِ العِلْمِ والفُقراءِ.

ويجُوزُ أن يكونَ الموقُوفُ عليه موْجوداً أو معْدُوماً وقْتَ الالتزامِ(١)، مُسْلماً أو ذِمّيّاً(٢)، غَنِيّاً أو فَقِيراً، من أقاربِ الواقِفِ أو

= استحقت لإزالة الضرر على وجه الدوام، اختصت بالعقار دون غيره.

ووجه رواية الجواز: قول النبي ﷺ: «**وَأَمَّا خَالِدٌ فَإِنَّكُمْ تَظْلِمُونَ خَالِداً، قَدِ احْتَبَسَ أَدْرَاعَهُ وَأَعْتُدَهُ** ـ وفي رواية: **وَأَعْتَادَهُ ـ فِي سَبِيلِ اللهِ**». أخرجه الشيخان. قال ابن الأثير في «النهاية»: **الأعْتُد**: جمعُ قِلَّة للعَتاد، وهو ما أعَدَّه الرجلُ من السِّلاح والدَّوابّ وآلة الحَرْب. وتُجْمَع على أعْتِدَة أيضاً. اهـ. فالحديث دليل على جواز وقف الحيوان والعروض. ووجهه من جهة المعنى: أن الحيوان والعروض تشتمل على غلة أو منفعة يمكن تسبيلها مع حبس أصلها، فوجب أن يصح وقفها، كالعقار.

(١) كما لو وقف على حمل فلانة أو من سيولد لفلان، فيصح وتوقف الغلة إلى أن يتبين حال الموقوف عليه، فإن وجد صرفت له وقام وليه مقامه في قبضها، وإن مات الحمل أو يُئس من وجود الولد، عادت الغلة للواقف وورثته من بعده؛ لأنه وقف وقفاً معلقاً على وجود الموقوف عليه، ولم يوجد، فوجب أن لا ينعقد.

(٢) لأن الذمي معصوم المال والدم، كالمسلم، ويجوز التبرع عليه بالأعيان والمنافع، إلَّا فيما يكون قربة محضة كالزكاة والكفارات، فإنها تختص بالمسلمين، وإذا كان كذلك جاز الوقف على الذمي كالمسلم.

من غيرِهِم، ولا يصِحُّ وقْفُهُ على نفسِهِ[١].

والوقْفُ على الإنْسَانِ يكونُ بتمليكِهِ الانتفاعَ المباشِرَ بالعَيْنِ الموقوفَةِ، كسُكْنَى الدَّارِ أو التِّجارَةِ في الحانُوتِ، أو بتمليكِهِ غلَّتَها، كثِمَارِ البُستانِ ولبَنِ الأنعامِ وأُجرَةِ العَقَارِ.

وأمَّا ما يختَصُّ بمَنْفَعَةٍ عامّةٍ من الجهاتِ، كالمساجِدِ والمدارِسِ والمُسْتَشْفَيَاتِ، ودُورِ رِعايةِ الأَيْتام، والجَمْعِيَّاتِ، فإنَّ الوَقْفَ عليها يَكونُ بصرْفِ رِيعِه في شَيْئَيْنِ: ما يَتَّصلُ بإصْلاحِ مرافِقِها وعِمارَتِها، وما يَتَّصِلُ بإقامَةِ منافِعِها من إمَامةٍ وتدْريسٍ وعِلاجٍ وعَمَلٍ خيرِيٍّ، ونحوِ ذلكَ.

---

(١) لأن معنى الوقف حبس الرقبة عن البيع والهبة، والتبرع بمنفعتها وثمرتها، والتبرع تمليك وهو لا يجوز من الإنسان إلى نفسه، كما لا يجوز أن يبيع من نفسه مالَ نفسه أو يهبها إياه.

وإذا وقف الإنسان ماله أو بعضه كأرض أو بستان، على نفسه وعَقَّبه في ذريته، فإنه لا يصير وقفاً عليه كما بينت، ولا يكون وقفاً على أولاده من بعده إلَّا أن يحوزوه في حياته وجواز أمره؛ لأنه إذا استمر حائزاً له حتى أدركه الموت أو نقصت أهليته بمرض أو فلس، فإنه يبطل لتعلق حق الغير بالمال، كسائر التبرعات.

وتعقيب الوقف في ذرية الواقف: أن يجعلهم في استحقاقه على طبقات متعاقبة؛ طبقة الأولاد ثم أولادهم، وهكذا ما بقيت ذريته. فيقسم الوقف على أولاده أولاً، ولا يعطى الموجود من الأحفاد منه شيئاً، فإذا مات أحد الأولاد انتقل سهمه لأولاده، فإن لم يكن له ولد رجع إلى إخوته. وقال ابن الحاج: الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى حجباً مطلقاً، فلا شيء للحفدة ما بقي أحد من الأولاد.

وشَرْطُ صِحَّةِ الوقْفِ في القِسميْنِ: أن لا يُكونَ في وجْهِ معْصِيَةٍ(١).

---

(١) وذلك مثل أن يقف الرجل ماله على نادٍ أو جمعية أو مؤسسة، تعمل بالفسق أو تنشر الفساد الخلقي أو العقدي، فلا يجوز لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢]. ولأنه لو أنفق ماله على معصية الله كان آثماً عاصياً، فإذا أعان به غيره على المعصية، فكذلك، وذلك يقتضي فساد العقد الذي يتوصل به إليه؛ لأن النهي يقتضي الفساد في المنهي عنه.

ومما يجري مجرى الوقف على المعصية: أن يقف المسلمُ ماله على كنيسة على عمارتها، أو سدنتها، أو عُبادها، فلا يجوز على ما استظهره الباجي في «المنتقى»؛ لأن عبادتهم غير مشروعة ويشوبها الشرك بالله، فكان في الوقف عليهم وعلى معابدهم عون على معصية الله. وأما الوقف على الذمي في مصالح دنياه، كالمأكل والمشرب والملبس والمسكن وعلاج البدن، فجائز نافذ كما أسلفت؛ لقوله تعالى: ﴿لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓا۟ إِلَيْهِمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ﴾ [الممتحنة: ٨].

● **فرع في وقف الكافر ماله على مسجد:**

إذا ثبت أن حبس المسلم ماله على معصية باطل مردود، ففعل العكس كذلك باطل مردود، وهو أن يحبس الكافرُ ماله على قُربة من القُرَب، مثل الوقف على عمارة المساجد، أو طباعة المصاحف وتوزيعها، أو الحج أو الغزو، فليس للمسلمين أن يقبلوا منه وقفه، فقد وقع في «العتبية»: أن مالكاً سئل عن امرأة نصرانية بعثت ديناراً إلى الكعبة: أيجعل في الكعبة؟ فقال: يرد إليها. ووجهه: أن الوقف في وجوه القُرَب، صدقة يبتغى بها التقرب إلى الله تعالى، والكافر ليس من أهلها؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا مَنَعَهُمْ أَن تُقْبَلَ مِنْهُمْ نَفَقَٰتُهُمْ إِلَّآ أَنَّهُمْ كَفَرُوا۟ بِٱللَّهِ وَبِرَسُولِهِۦ﴾ [التوبة: ٥٤].

فَصْلٌ
في الصيغة

وينعَقِدُ الوقْفُ بما يَدُلُّ على معناهُ من الأَلْفَاظِ الصَّريحةِ، كقولِهِ: وَقَفتُ، أو حَبسْتُ، أو سَبَّلتُ. فإن لم تكنْ صَريحةً كقولِهِ: تصدَّقتُ أو تَبَرَّعتُ، لم ينعَقِدْ وقْفاً حتَّى يَضُمَّ إليه من الألفاظِ ما يُفيدُ حُكْمَهُ، كقولِهِ: لا يُباعُ، أو لا يُوهَبُ(١).

وإذا كان الموقُوفُ عليه من أهْلِ القَبُولِ(٢)، فلا ينعَقِدُ الوقْفُ إلَّا بقَبُولِهِ.

---

(١) فإذا قال قائل: وقفت أرضي أو داري، انعقد التبرع للوقف، كقوله: حبستها، وإن قال: تصدقت بها، فهي صدقة تباع ويفرق ثمنها على المساكين حيث لم يعين لها مصرِفاً، فإن عين مصرِفاً كقوله: على فلان، أو على المسجد الفلاني، صرف ثمنها إلى الذي عينه. وأما إن قال: تصدقت بها على المساكين أو على بني فلان، لا تباع، أو قال: لا تباع ولا توهب، فهي وقف على من سماهم، فإن لم يسمِّ أحداً كانت وقفاً على ما يوقف عليه مثلها من وجوه الخير. وكذلك إذا قال: هي صدقة على بني فلان ما تناسلوا أو ما تعاقبوا، أو طبقة بعد طبقة، فهي وقف عليهم ولا يكون صدقة برقبتها؛ لأن التصدق بالرقبة لا ينتقل في الأعقاب بل يملكها المتصدق عليه، فله التصرف فيها بالبيع والهبة، وتورث عنه إذا مات.

(٢) والمقصود بأهل القبول هنا الإنسان الموجود المعين، فإن كان بالغاً رشيداً اعتبر قبوله هو، وإن كان صغيراً أو سفيهاً أو مجنوناً اعتبر قبول وليه.

فإن قبل الوقف من له القبول، انعقد بذلك، ولزم الواقف، فلم يكن له الرجوع فيه وإن لم يقبض منه؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]. وإن رده ارتد وصرف في الفقراء ولا يرجع لصاحبه، إلَّا أن يكون الواقف أراد به المعين بخصوصه، فإنه إذا رده رجع ملكاً لصاحبه كما في الهبة. =

ويجُوزُ عقْدُ الوقْفِ مُنجَّزاً ومُعلَّقاً على وقْتٍ في الزَّمنِ المُستقبِلِ، كقولِهِ: دارِي وقْفٌ بعدَ شَهْرٍ، أو مِن تاريخِ كذا.

وإذا لم يُسَمِّ للوقْفِ مَخْرَجاً، صَحَّ وصُرِفَ في غالِبِ عُرْفِهم، فإن لم يَكنْ ففي الفُقَراءِ(١).

فَصْلٌ
في تأبيد الوقف وتوقيته ومرجعه

وينعَقِدُ الوقْفُ على وجْهيْنِ: مُؤَبَّداً ومُؤَقَّتاً.

فأمَّا المؤَبَّدُ: فما كان عَقْدُهُ بلفْظٍ صَريحٍ مجرَّدٍ عن قَيدٍ يُفيدُ

= أما الوقف على غير معين، كالفقراء وطلاب العلم، أو على ما لا يتأتى منه القبول كالمساجد والمدارس ونحوها، فإنه ينعقد بمجرد لفظ الواقف، أو بالفعل الدال عليه، كمن يبني مسجداً ويخلي بينه وبين الناس يصلون فيه، فإنه يكون وقفاً لازماً بمجرد التخلية.

ومثل ذلك جعل المصاحف في المساجد والتخلية بين الناس وبين القراءة فيها. وأما الكتابة فإنها إن كانت على أبواب المدارس ونحوها، فإنها تكفي في ثبوت وقفها، وإن كانت على الكتب، لم تكن وقفاً إلَّا إذا كانت وقفيتها مقيدة بمدارس مشهورة.

(١) فإذا قال: داري هذه حبس ـ أو وقف ـ لله تعالى، نظر إلى عرف البلد، فإن جرى عرف بصرف أوقاف الدور المطلقة في جهة معلومة كأبناء السبيل، جعلت في ذلك الوجه؛ لأن ألفاظ الناس في العقود والفسوخ جارية على ما تعارفوا عليه. ولهذا المعنى إذا قال: هذه الكتب وقف لله تعالى، فإنها تصرف إلى طلاب العلم. فإن لم يكن عرف يمكن حمل لفظ الواقف عليه صرف في الفقراء؛ لأن الوقف صدقة يراد بها وجه الله تعالى، وذلك يتعين بتعيينه، فإن لم يوجد تعيين لا من لفظ الواقف ولا من عرف قائم، جعل في المساكين؛ لأن الأصل في الصدقات أن تراد لسد الخلات ودفع الحاجات.

التَّوقيتَ، أو وصَفَهُ الواقِفُ بالتَّأبيدِ أو بما يَدُلُّ على أن لا مَرْجِعَ فيه(١).

وأمَّا المؤَقَّتُ: فما كان عَقْدُهُ مُقترِناً بما يَدُلُّ على الانقطَاعِ من جِهةِ الزَّمنِ، كقولِهِ: هو وقْفٌ عَشْرَ سِنينَ، أو من جِهَةِ الموقُوفِ عليه، كقولِهِ: وقْفٌ على فلانٍ، أو يُسمِّي جماعةً محصُورِينَ بأعيانِهِم.

وحيثُ كان الوَقْفُ مؤَبَّداً فإنَّهُ لا يَرْجِعُ إلى الواقِفِ لا مِلْكاً ولا وقْفاً، فإنِ انقرَضَ الوجْهُ الذي عَيَّنَ مَصْرِفَهُ فيه، وكان الموقُوفُ عليه إنْساناً، رجَعَ حَبْساً على أقْرَبِ النّاسِ إلى الواقِفِ بشَرْطِ فقْرِهم(٢)، فإن كان عَقَاراً حُبسَ على مَنْفعَةٍ عامَّةٍ، كأوقافِ المساجِدِ

---

(١) كما إذا قال: حُبُس لا يباع، أو قال: حبس لا يباع ولا يوهب ولا يورث، أو قال: حُبُس صدقة. ومثل ذلك ما لو جعل مصرِفه على جهة لا تنحصر كالفقراء وطلاب العلم. فهذا مؤبد؛ لأنه ملك منفعتها لمجهولين لا يحاط بعددهم ولا يعلم انقراضهم، فلا يتحقق شرط عوده إلى المحبس؛ لأنه إنما يعود إليه بشرط انقراض المحبس عليهم، فإذا صرفه إلى مجهولين بان بذلك أنه أراد التأبيد.

وأما دلالة لفظ «الوقف» على تأبيد تحريمه إذا تجردت عما يقيدها، فلأن مفهوم الوقف في العرف مصروف لمعنى تسبيل المنفعة والثمرة على الدوام، فوجب الحكم بذلك فيها. ومثله الحبس؛ لأنه رديفه في المعنى، لقوله ﷺ: «**إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا**».

(٢) وأقرب الناس من المحبس هم عصبته من الذكور، ويدخل معهم الإناث اللواتي لو كن ذكوراً لكانوا عصبة. كمن وقف وقفاً مؤبداً فانقطعت الجهة التي وقف عليها، وكان له بنون وبنات، فإنه يرجع وقفاً عليهم، ويقسم بينهم على سهام المواريث. وكذلك إذا كان له إخوة رجال ونساء، فإن اجتمع الإخوة مع الأولاد فليس لهم شيء؛ لأنهم محجوبون. =

والمدارِسِ والمُسْتَشْفَيَاتِ والمَبرَّاتِ ومَلاجِئِ الأيْتامِ، فخرِبَ، وجبَ صَرْفُ رِيعِ الوقْفِ في إِصْلَاحِهِ أو تجدِيدِهِ إن رُجِي عَوْدُ نفعِهِ، وإلَّا صُرِفَ في مثلِهِ من أوقافٍ أُخرَى[١].

وحيثُ كان الوَقْفُ مؤَقَّتاً، فإنهُ يرجِعُ بعدَ الانقِطاعِ إلى الواقِفِ مِلكاً أو إلى وارِثِهِ الذي يرثُهُ يومَ المرْجِعِ.

فَصْلٌ
في مِلكية العين الموقوفة وحيازتها

ولا تخْرُجُ العيْنُ عن مِلْكِ صاحِبِها بالوقْفِ[٢]، فلَهُ ولوارِثِه من بعده منعُ من يُرِيدُ إصلاحَ ما وَهَى منها.

= والقياس يوجب أن يكون النظر في مرجع الحبس المؤبد، بعد انقراض جهة مَصرِفه، إلى الإمام فإنه ولي الأموال التي لا مستحق لها، وإنما استحسن علماؤنا رده إلى أقرب الناس بالمحبس إذا كانوا فقراء؛ لأن رقبة الوقف لما كانت باقية على ملك المحبس، وجب أن ترجع إليه منفعتها وغلتها بعد انقطاع الوجه الذي جعل مصرِف الوقف فيه، إلَّا أنه لما أبد وقف العين، ولم يكن إلى رجوعها إليه سبيل، كان أقرب الناس إليه أحق به؛ لقوله ﷺ: «**يَدُ الْمُعْطِي الْعُلْيَا، وَابْدَأْ بِمَنْ تعُولُ؛ أُمَّكَ وَأَبَاكَ، وَأُخْتَكَ وَأَخَاكَ، ثُمَّ أَدْنَاكَ أَدْنَاكَ**». أخرجه النسائي عن طارق المحاربي، وصححه ابن حبان والدارقطني. ولأن الصدقة على الأقارب أولى منها على الأباعد؛ لأنها صدقة وصلة. والله أعلم.

(١) فإن كان العقار مدرسة مثلاً فخربت، ورُجي أنها إذا جددت أو رُمَّت، أن تعود لما كانت عليه من نشر العلم، وجب صرف ريع الوقف في ذلك، وإلَّا صرف في مدرسة أخرى؛ لأن ذلك أقرب إلى غرض الواقف، فإن لم تكن، ففي وقف عقاري، فإن لم يكن ففي أي جهة خيرية.

(٢) وذلك أن الأصل بقاء الملك كما في العاريّة والعمرى، ولا يوجد =

ولا يَتِمُّ وقْفُ العَيْنِ إلَّا بالحِيَازَةِ[1].

= ما يدل على إسقاطه في الوقف؛ لا من جهة الشرع ولا من حقيقة معنى الوقف.

أما الشرع فإنه لم يثبت فيه ما يدل على ذلك. وأما حقيقة معنى الوقف، فهي أن يتصدق الإنسان بمنافع عين مملوكة له، أو بغلتها على وجه الدوام، فيكون حبسها عن البيع والهبة لازماً لتمكين المستحق لهذه الصدقة من تملكها؛ حيث كانت تخلق شيئاً فشيئاً مع الزمن ولا تخلق دفعة واحدة، وذلك لا يقتضي إسقاط ملك العين. ولأن الوقف لو كان يقتضي إسقاط ملك العين عن صاحبها، لكان ذلك إما لانتقاله إلى ملك الموقوف عليه، وإما لانتقاله إلى غير ملك. فأما الأول فلا يصح؛ لأن الموقوف عليه لو ملك العين مع منفعتها وغلتها، لكان الوقف هبة للموقوف عليه، ولانقطع بذلك انتقاله إلى من يليه في الاستحقاق، ولتعذر الوقف على غير المحصورين. وأما الثاني فلا يصح أيضاً؛ فإنه يؤدي إلى تعذر الوقف في العبيد؛ لأنه إذا أسقط ملكهم بالوقف فقد صاروا عتقاء، فلا يملك أحد منافعهم بعد ذلك جبراً عنهم.

(١) كسائر التبرعات. قال المواق: ومن «المدونة»: كل صدقة، أو حبس، أو نحلة، أو عمرى، أو عطية، أو هبة لغير ثواب، في الصحة؛ يموت المعطي، أو يفلس، أو يمرض قبل حوز ذلك، فهو باطل، إلَّا أن يصح المريض فتُحاز عنه بعد ذلك. ويُقضى للمعطى بالقبض إن منعه.اهـ. ولم أقف عليه في «المدونة» الأم ولا في «تهذيب البراذعي».

فمن وقف بستانه مثلاً، ثم تمادى في يده، حتى أدركه مانع من موت أو فلس أو جنون أو مرض، فإنه يبطل كله ويعود ميراثاً، ولو كان يصرف ثمره في وجهه الذي وقفه عليه. وإن حازه الموقوف عليه، ثم عاد إلى الواقف قبل مضي سنة من يوم الحوز، فهو كما لو لم يحزه. وكذا سائر الأموال التي لها غلة تغتل، وأما ما لا غلة له، كالخيل والسلاح وكتب العلم، فإنها إذا كانت تقبض من الواقف لاستيفاء منفعتها في الجهة التي سماها، ثم تعود إليه، فإن ذلك لا يبطل وقفها إذا مات الواقف وهي في يده، كالخيل الموقوفة على =

فَصْلٌ
في شروط الواقف في وقفيته

وشَرْطُ الواقِفِ كنَصِّ الشَّارِعِ في وجوبِ إنْفاذِهِ[1]، ما لم يَكنْ باطِلاً في الشَّرْعِ كاشْتراطِهِ أن يتولاهُ بنفسِهِ.

= الغزو، تعطى لمن يغزو عليها أيام الغزو، فإذا رجعت ردت إلى الواقف يقوم عليها ويعلفها.

وإذا كان الواقف هو ولي حيازة الموقوف عليه، كأولاده الصغار، فإن الوقف يصح ويتم إذا أشهد عليه قبل أن يدركه مانع يمنعه من التبرع، وشرع في صرف غلته في مصالحهم. وهذا ما لم يكن الموقوف داراً لسكنى الواقف؛ فإنه لا يصح إلَّا بتخليتها ومعاينة الشهود لفراغها عن شواغل المحبس، كما مضى في باب الهبة.

(١) كأن يشترط لوقف مسجد أن لا يؤم فيه إلَّا رجل من بلد معين أو مذهب معين، أو يشترط لوقف مدرسة أن يخص بها أهل مذهب من المذاهب الفقهية المتبعة؛ لقوله ﷺ: «**الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ**». وكذلك إذا عين ناظراً لوقفه لم يجز لأحد عزله وتولية غيره. وإذا عين صفة لإجارته كالمشاهرة، لم يجز تغييرها.

وكذا يتبع شرطه في التسوية والتفضيل بين المستحقين، كأن يجعل الوقف على أربعة أشخاص يسميهم بأسمائهم، ويعين لفلان نصفه ولفلان ربعه، وربعه الباقي بين فلان وفلان.

ويتبع شرطه في الإعطاء والحرمان، في الوقف على بني فلان مثلاً، وأما إذا وقف على أولاده، فإنه ينبغي أن لا يعطي الذكور ويخرج الإناث، وكره مالك في رواية علي بن زياد أن تُخرج البنات من حُبُسه إذا تزوجن. وروى عنه ابن القاسم في «العتبية» و«الموازية»: إخراجهن منه من عمل أهل الجاهلية، وما أُريد به وجه الله. اهـ. وكأنه يريد بذلك قوله تعالى: ﴿وَقَالُوا۟ مَا فِى بُطُونِ هَٰذِهِ ٱلْأَنْعَٰمِ خَالِصَةٌ لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِنَا﴾ [الأنعام: ١٣٩]. =

وإذا عَيَّنَ الواقِفُ ناظِراً لإدارَةِ وقْفِه، جَازَ له أن يَعزِلَهُ بَعْدَ ذلكَ، ويُولِّيَ من يَشاءُ في مكانِهِ، فإذا ماتَ الواقِفُ صارَ هذا الحَقُّ إلى وصيِّهِ من بعدِه، فإن لم يكنْ فالحاكِمُ. وإذا لم يُعَيِّنْ لوقْفِهِ ناظراً، تولَّاهُ المستحِقُّ بنفسِهِ إن كان مُعَيَّناً رَشيداً، وإلَّا تولَّاه وليُّه، فإن لم يكنْ مُعَيَّناً[1] فالنَّظرُ فيه إلى الحاكِمِ.

فَصْلٌ

في تفسير ألفاظ الواقفين في الوقفيات

إذا كانتْ ألفَاظُ الواقِفِينَ في الوقْفياتِ مشترَكَةً في معناها،

= وفي فسخه وإمضائه إذا وقع على هذا الوجه المكروه روايتان؛ أصحهما الإمضاء.

(١) كالوقف على المساكين وطلاب العلم، وسائر من لا يمكن حصرهم، فإن النظر فيه إلى الحاكم؛ لأنه ليس له مستحق متعين ينظر فيه. وللحاكم أن يستنيب فيه؛ لأنه قد لا يمكنه تولي النظر بنفسه. وشرط الناظر الذي يعينه الحاكم لإدارة الأوقاف التي ينقرض مالكوها، وكذلك الأوقاف التي لا يتعين مستحقوها، الأمانة والكفاية؛ لأنه وكيل للحاكم بتعهدها وتحصيل ريعها وتوزيعه على المستحقين على الوجه الذي دل عليه شرط الواقف وحكم الشارع. ومن كان كذلك اشترط فيه أن يكون أميناً كَفِياً كمن يلي حضانة الصغير.

وأجرة ناظر الوقف من ريعه؛ لأنه عامل في مصلحة المستحقين بإذن الحاكم، فوجب أن يستحق أجرة عمله مما عمل فيه، ولا يعد ذلك ضرراً عليهم، كعامل الزكاة لما كان عاملاً في مصلحة مستحقيها بإذن الحاكم، استحق أجرته منها ولم يعد ذلك ضرراً عليهم. ويحتمل أن تكون أجرته من بيت المال، وهو قول أبي عبد الله بن عَتَّاب، فإنه كان يذهب إلى القول بعدم حلية أكل الناظر من ريع الوقف الذي تحت نظره.

فالمرْجِعُ في تفسِيرِها إلى عُرْفِ الاسْتعمالِ، فإن لم يكنْ فمُطلقُ اللُّغةِ.

فإذا قال: على أوْلادِي وأوْلادِهم، دخَلَ في ذلك أوْلادُ صُلْبِهِ ذُكورِهم وإناثِهِم، وأوْلادِهم جَميعاً، وكذلك يَدخُلُ أوْلادُ البناتِ في قولِهِ: على ذُرِّيتِي، أو ذُرِّيةِ فلانٍ[1]، وفي قولِهِ: على ولدِ فلانٍ وأوْلادِهم. ولا يدخُلُونَ في قولِهِ: على وَلَدِي وولَدِ ولَدِي، ومِثلُه: أوْلادِي وأوْلادِ أوْلادِي[2].

ويدخُلُ في قولِهِ: على بَنِيَّ أو بَنِي فُلانٍ، أوْلادُ الصُّلْبِ من الذُّكورِ والإناثِ، وأوْلادُ الذُّكورِ منهم دونَ الإناثِ. وَمِثْلُهُ إِذَا قَالَ: عَلَى عَقِبِي، أوْ نَسْلِي[3].

---

(١) لقوله تعالى في إبراهيم عليه السلام: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ﴾ إلى قوله: ﴿وَزَكَرِيَّا وَيَحْيَىٰ وَعِيسَىٰ﴾ [الأنعام: ٨٤ ـ ٨٥]. فجعل عيسى من ذرية إبراهيم، وإنما هو ولد بنت.

(٢) وهذا قول مالك في «المجموعة»، ورجحه ابن رشد في «المقدمات». وقيل: يدخل ولد البنات كلفظ الذرية، ذكره أبو الحسن الصغير في تقييده على «المدونة»، وشهره ابن غازي في «تكميله».

وجه الأول: أن ولد بنت الإنسان لا ينسب إليه بل ينسب إلى قوم آخرين، كما قال الشاعر:

بنُونا بنُو أبنائِنا وبنَاتُنا ... بنُوهُنَّ بنُو الرِّجالِ الأباعدِ

ووجه الثاني: أن البنت يصدق عليها اسم ولد الإنسان، فكذلك ولدها يصدق عليه اسم ولد ولده، فهو منسوب إليه بالولادة، وإن كان منسوباً إلى غيره بالنسب.

(٣) أما النسل والعقب، فلا خلاف أن ولد البنت ليس عقباً للإنسان، =

ويتناوَلُ آلُ الإنْسانِ ـ وكذا أهْلُه ـ عصبَتَهُ من الرِّجالِ كالأبِ والابْنِ والأَخِ والعَمِّ، وبنِيهِم، ويدْخُلُ معهم النِّساءُ اللَّاتِي لوْ كُنَّ ذُكراناً لَكَانُوا عَصبةً. ولا يَدْخُلُ من ليس بعصَبَةٍ كالخَالِ والخَالةِ، وولَدِ البناتِ والعمَّاتِ.

ويدخُلُ في أقارِبِهِ من يَقْرَبُه من جِهتَي الأبِ والأُمِّ؛ ذُكورُهم وإِناثُهم، كالأَعْمامِ والعَمَّاتِ والأخْوالِ والخالاتِ. ويدخُلُ في قومِه عصبَتُهُ من الذُّكورِ دونَ الإناثِ[1]. ويتناوَلُ الطِّفلُ والصَّبِيُّ والصَّغيرُ مَن دونَ البُلوغِ، والشَّابُّ والحدَثُ البالِغَ إلى أرْبعينَ سنةً، والكَهْلُ مَن فوقَ الأَرْبعينَ ودُونَ السِّتينَ، والشَّيخُ مَن فَوقَ السِّتينَ.

فَصْلٌ
في إجارة الوقف

من وَقفَ أرْضاً زِراعيةً على جِهَةٍ مُعَيَّنةٍ، وعَيَّنَ لها ناظِراً،

= فلا يدخل في قول الواقف: وقف على عقبي. وكذلك النسل. وأما لفظ البنين، فإنه يتناول الذكور والإناث من أولاد الصلب، وإن كانت صيغته تختص بالذكور، إلَّا أنها جارية على التغليب، فصار في معنى قوله: أولادي. ويتناول أولاد البنين دون أولاد البنات على الراجح؛ لأن الإنسان ينسب إلى بني هاشم إذا كان جده هاشمياً، ولا ينسب إليهم إذا كان أبوه مُطَّلبيّاً وأمه هاشمية.

(١) لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَسۡخَرۡ قَوۡمٞ مِّن قَوۡمٍ عَسَىٰٓ أَن يَكُونُواْ خَيۡرٗا مِّنۡهُمۡ وَلَا نِسَآءٞ مِّن نِّسَآءٍ عَسَىٰٓ أَن يَكُنَّ خَيۡرٗا مِّنۡهُنَّۖ﴾ [الحجرات: ١١]. فعطف النساء على القوم، فاقتضى مغايرة بينهما في المعنى. وقال الشاعر:

ومَا أدْرِي وسَوْفَ إِخالُ أدرِي ... أقَومٌ آلُ حِصْنٍ أم نِساءُ

فَأَكْرَاها لمصْلَحَةِ مَنْ وُقفتْ عليهِ، فلا يُكرِها إلّا سَنةً فسَنةً أو سَنَتيْنِ فسنتيْنِ، إن كانُوا مُعَيَّنِينَ كزيْدٍ وأوْلادِ فُلانٍ. فإن كانوا غيرَ مُعَيَّنِينَ كطُلّابِ العِلْمِ والفُقَراءِ، فله أن يُكرِيَها لهم إلى أرْبعٍ لا يتعَدَّاها. وأمَّا الدَّارُ الموقُوفَةُ للسُّكْنَى، فليس للناظِرِ إكراؤُها إلّا أن يَحْتاجَ إلى إصْلاحِها[1]، وتُكرَى سَنةً فسَنةً.

وإذا أَكْرَى النَّاظِرُ عَقَارَ الوَقْفِ، فليس له أن يفسَخَ العَقْدَ لزيادةٍ يعرِضُها مُكترٍ جديدٌ، إلّا أن يكونَ الأوَّلُ قد أخذَها بدونِ كراءِ مِثلِها[2].

---

(١) وبيان ذلك: أن الموقوف عليه لا يملك منفعة الوقف، وإنما يملك الانتفاع، كالضيف يملك الانتفاع بما يقدم له من طعام الضيافة، ولا يملك عين الطعام، فالضيافة إباحة وليست تمليكاً. وإذا كان لا يملك منفعة الوقف، فليس له ولا للناظر الذي يليه، أن يعاوض عليها، وهذا معنى قولنا: إن من وقف داره للسكنى، فليس للناظر إكراؤها. وإنما جاز له أن يكريها لحاجة الإصلاح؛ لأنه لا يتوصل إلى الانتفاع بها إلّا بإصلاح ما وَهَى أو تهدم منها، وليس يلزم الواقفَ ولا الموقوفَ عليه إصلاحُها، وقد لا يوجد من يتطوع بذلك، فيصير إكراؤها لذلك متعيناً.

ويجبر الناظرُ الساكنَ على الخروج منها ليكريها من أجنبي، إلّا أن يتطوع بنفقة إصلاحها، وليس له أن يكريها منه ما دامت موقوفة عليه؛ لأن الكراء مُعَاوَضَة على المنفعة، وهو مستحق لها بغير عوض، فكان في إكرائها منه أكل لماله بالباطل، وإلزام له بإصلاحها وهو لا يلزمه.

(٢) وذلك أن الناظر متصرف على الغير كالوكيل، فيجب أن يكون تصرفه واقعاً على وجه المصلحة. فليس له أن يكري عقار الوقف بأقل من كراء المثل؛ لما في ذلك من المحاباة للمكتري والغبن على المستحق، وذلك لا يجوز إلّا أن لا يجد من يأخذه بأكثر من ذلك، فليكره حتى لا تتلف =

ويُفضِّلُ النَّاظِرُ باجتهادِهِ أَهْلَ الحَاجةِ والعِيالِ من الموقُوفِ عليهم، في قَسْمِ غلَّةِ الوقْفِ ومنْفَعتِهِ[١]، إذا كانُوا غيرَ مُعَيَّنِينَ، كالفُقراءِ وأبْناءِ السَّبيلِ والغُزاةِ وأهْلِ العِلْمِ.

فَصْلٌ
في بيع الوقف

وما كان من الأَعْيانِ الموقُوفَةِ عَقَاراً، فليس لواقِفِهِ ولا للّذي يلِيهِ أن يَبيعَهُ بحَالٍ[٢]. وإذا انْهَدَمَ شَيْءٌ من بُنْيَانِهِ، أو تعطَّلَ شَيْءٌ من

= منافعه، فإن وجد بعد كرائه من يبذل فيه أكثر، فسخ العقد من الأول، وإن كان الكراء لازماً، ككراء الوجائب وما أسلف المكتري أجرته من كراء المشاهرة؛ لأن لزومه في الوقف لم يكن مطلقاً، وإنما كان على شرط انعدام من يأخذه بأكثر.

(١) فمن وقف أرضاً على المساكين، قسم الناظر أجرتها بين من حضر القسمة منهم؛ لأنه ليس عليه أن يستوعبهم، فإن كان بعضهم أفقر من بعض، فضل الأفقر بقدر فقره بالاجتهاد، ولا يساوي بينهم في قول سحنون وابن المواز، وهو المشهور في المذهب؛ لأن أصل الحبس إنما يقصد به القربة والثواب لسد الخلة ودفع الحاجة، فيجب أن يكون من اشتدت حاجته أولى في الاستحقاق ممن هو دونه. وكذا من وقف عمارة لسكنى المساكين، فإنه ينظر في التبدئة والتقديم إلى من هو أكثر منهم عيالاً، فليس الأعزب كالمتأهل، وليس المتأهل الذي لا ولد له كالذي له ولد.

(٢) سواء كان البيع بالنقود أو بالاستبدال والمناقلة، بإعطاء عقار الوقف في مقابل عقار آخر، يراه الناظر أكثر نفعاً لمن وقف عليهم، فلا يجوز ذلك كله إذا كان الوقف عامراً؛ لحديث ابن عمر المتقدم في وقف أبيه، ففيه في رواية للبخاري: أن النبي ﷺ قال له: «**تَصَدَّقْ بِأَصْلِهِ؛ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ، وَلَكِنْ يُنْفَقُ ثَمَرُهُ**». فهو نص في النهي عن بيع الوقف، فلا يحل بيعه =

منافِعِهِ، أنفَقَ النَّاظِرُ عَلَيْهِ من رِيعِهِ فِي المَرَمَّةِ وَالإصْلاحِ(١)، فإذا خَرِبَ وصارَ لا يُنتفعُ به، وعُجزَ عن تجديدِه، فما بَقِي من نَقْضِهِ مما يُمكنُ الانْتفاعُ به، فهُو على حُكْمِ الوقْفِ، فيُجْعلُ في مِثْلِه من الأَوْقافِ العَامرَةِ(٢).

وأمَّا الحَيوانُ ومِثْلُه العُروضُ، فإنه لا يُباعُ ما دامَ يُنتفعُ به في

= إلَّا لضرورة توسيع مسجد جامع أو طريق عام، فيباع ويجبر الناظر والواقف على ذلك، ويشترى بثمنه عقار مثله يجعل وقفاً مكان الأول. ونقل المواق عن سحنون: أنه قال: قد أدخل في مسجد النبي ﷺ دور محبسة كانت تليه.

وأما إذا خرب وتعطلت منافعه، كدار انهدمت أو أرض خربت وعادت مواتاً، ولم يوجد من ريعه ما يمكن إعادة عمارته منه، ولا تطوع أحد بذلك، فإنه لا يباع للتصدق بثمنه ولا لشراء عقار آخر يجعل وقفاً مكانه؛ لعموم الحديث السابق، ولأن هذه مصلحة عارضها عمل السلف، فكانت ملغاة، قال مالك في «المدونة»: وهذه جل الأحباس قد خربت، فلا شيء أدل على سنتها منها؛ ألا ترى أنه لو كان البيع يجوز فيها ما أغفله من مضى؟ ولكن بقاؤه خراباً دليل على أن بيعه غير مستقيم، وبحسْبِك حجةً في أمر قد كان متقادماً بأن تأخذ منه ما جرى الأمر عليه. اهـ. ولأن في بيعه إبطالَ شرط الواقف، وليس في تبقيته إتلاف له لجواز أن تعود العمارة إليه من جديد.

وروي عن ربيعة بن عبد الرحمٰن جواز بيع الأوقاف من العقار والحيوان، إذا رأى الإمام ذلك. وذهب الحنابلة إلى جواز بيعها إذا خربت وجعل ثمنها في وقف آخر، كما سيأتي في بيع غير العقار إذا تعطلت منافعه.

(١) والإنفاق على إصلاح الوقف من ريعه، مقدم على قَسْمه بين مستحقيه؛ لأن منفعته لا تستمر إلَّا بالإصلاح.

(٢) فيوضع نِقْض المسجد في المساجد ونِقْض المدرسة في المدارس، وهكذا.

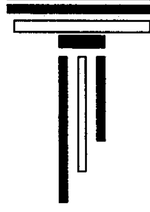
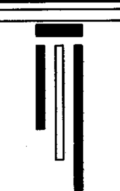
الوجْهِ الذي سماهُ الواقِفُ، فإن صارَ إلى حالٍ لا يُنتفعُ به في ذلكَ الوجْهِ، كالحَيَوانِ يَهرمُ والثَّوبِ يَبْلَى وكُتُبِ العِلم تَعدِم من يَنتفعُ بها في الموضِعِ الذي وُقفتْ فيه، فإنه يُباعُ ويُجعلُ ثَمَنُه في مِثْلِه من الأَوْقافِ[1]، فإن لم يُوجَدْ تُصُدِّقَ به.

* * *

(١) وإنما جاز بيعه إذا صار إلى مثل تلك الحال؛ لأن منفعته التي حبس لأجلها غير موجودة في الحال، ولا هي مرجوة في الاستقبال، فخالفَ العقارَ من هذا الوجه، ولم يكن في تبقيته فائدة إلَّا تعريضه للتلف والضياع، وذلك غير جائز للنهي عن إضاعة المال. فإذا بيع انتفع مشتريه به في غير ذلك الوجه، كالفرس الحبيسة للغزو عليها، إذا ضعفت قوائمها حتى صارت لا تصلح للغزو، فإنها تباع لما بقي فيها من المنافع، كالركوب والحمل عليها والسقي ونحو ذلك، ويشترى بثمنها فرس أخرى تصلح للغزو إن أمكن، وإلَّا ضُم إلى غيره من المال المخصص لشراء الخيل المحبسة للغزو، فذلك أولى؛ لأنه أقصى ما يقدر عليه في المحافظة على شرط الواقف. فإن تعذر الشراء فإن الصدقة بالثمن على الواقف هي وجه التصرف؛ لأن غرضه من الوقف الصدقة في الجملة.

وإذا تلفت العين الموقوفة بفعل فاعل، وجب عليه ضمان قيمتها، ثم إن كانت القيمة كافية لشراء عين كاملة مثل التالفة، تجعل وقفاً مكانها، تعين ذلك على الناظر، وإن قصرت عن الكل ووُجِدَ سبيلٌ إلى الاشتراك بالقيمة في شراء عين مثلها لتجعل وقفاً، فكذلك، وإلَّا تصدق بها على الواقف.



باب العاريّة

العَارِيّةُ مندُوبَةٌ للتَّعاونِ على الخَيْرِ وعَمَلِ المعْرُوفِ(١).

---

(١) **العاريّة**: على وزن فَعْليَّة، بتشديد الياء، وقد تخفف، وجمعها عواريّ، وحكى الأزهري عن بعض أهل اللغة: أنها نسبة إلى العارة، كالقاريَّة والتازيَّة، في المنسوبة إلى القارَة وتازة. والعارة اسم من الإعارة، تقول: أعرته الشيء أُعيره إعارةً وعارةً، كما في إطاعة وطاعة، وإجابة وجابة، وإغارة وغارة.

هذا في مبناها. وأما معناها، فهي مأخوذة من التعاور، وهو تداول الشيء والتناوب عليه، ومنه تعاوُرُ الرياح لآثار العمار ورسوم الديار، إذا تناوبت عليها في الهبوب حتى تُعَفّيها، وتعاوَرَ قومٌ فلاناً ضرباً، إذا تناوبوا عليه فيه.

والعاريّة في الاصطلاح: تمليك منافع العين بغير عوض.

وهي مشروعة من جانب المستعير؛ لفعل النبي ﷺ، فقد استعار من أبي طلحة فرساً يقال له: المندوب. أخرجه الشيخان عن أنس. واستعار من صفوان بن أمية أدرعاً يوم حنين. أخرجه أبو داود والنسائي. وسيأتي.

وأما من جانب المعير فيندب بذلها لمن طلبها، لما فيها من فعل الخير؛ قال تعالى: ﴿وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: ٧٧]. ولأن بالناس حاجة مستمرة إلى العاريّة، فقد يعجز الإنسان عن حاجته بما يملك من منافع أمواله، ولا يقدر على الإجارة، فيندب غيره إلى إعانته؛ قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]. وحكى ابن قدامة في «المغني» إجماع المسلمين على جواز العاريّة واستحبابها.

وأرْكانُها أرْبعةٌ: المُعيرُ، والمُسْتعيرُ، والمُستعارُ، والصِّيغةُ وهي كُلُّ ما دلَّ على الرِّضا بتمْليكِ المنْفعةِ بغيرِ عِوَضٍ؛ من قوْلٍ أو فِعْلٍ كالإشارةِ والمناولةِ.

وشَرْطُ المُعيرِ: أن يَكونَ مالِكاً لمنْفَعَةِ العَيْنِ التي يُعيرُها، ولو لم يَملكْ رقَبَتَها(١)، غيرَ محجُورٍ عليه في التَّصرُّفِ لصغرٍ أو سَفَهٍ.

---

(١) كالمستأجر والمستعير، فإن كل واحد منهما مالكٌ للمنفعة في المدة المسماة في العقد، غير أن الأول ملكها بعوض والثاني بغيره.

فمن استأجر عيناً، كان له إعارتها لمن هو مثله في الأمانة والتأثير عليها، في مثل ما استأجرها من المنافع، في المدة التي استأجرها أو دونها، كإجارتها؛ لأنه ملك المنفعة بالعقد، فله أن يستوفيها بنفسه أو بغيره. ولأن المستأجر قد يموت أو يعجز عن الانتفاع بنفسه، ولا تنفسخ الإجارة بذلك، فكان له ولوارثه أن يولي من يستوفي منفعتها بإجارة أو إعارة، إلى تمام المدة، حتى لا تذهب باطلاً. وإذا جاز ذلك في حال التعذر، جاز في حال الاختيار، إذ لا فرق بينهما من جهة التأثير على العين المستأجرة، غير أنه يُكره في حال الاختيار، في خصوص الدواب والثياب، من دون إذن المالك. وقد تقدم في كتاب الإجارة.

ومثلُ المستأجرِ: المستعيرُ، فله أن يعيرها في مثل ما استعارها له، ممن هو مثله في الأمانة والتأثير عليها، إلا أن يمنعه المعير. فمن أُعمِر داراً، أو أُوصِيَ له بسكناها، أو بخدمة عبد، مدة معلومة، فله أن يُسكن الدارَ ويُخدِم العبد من غيره.

● **فرع: هل للمستعير أن يؤاجر العين المستعارة؟:**

وينبني على القول بأن المستعير يملك المنفعة ملكاً لازماً للمعير إلى تمام المدة المسماة، أن له أن يؤاجر العين فيما استعارَها له إلى تلك المدة أو دونها، كالمستأجر. وهذا ما يستلزمه كلام «المدونة»، ففيها في كتاب الجعل =

وشَرْطُ المُستعيرِ: أن يَكونَ أهْلاً للتَّبَرُّعِ عليه؛ فلا يَصِحُّ لِكَافِرٍ في مُصحفٍ، ولا لِحَرْبيٍّ في آلةِ حرْبٍ.

= والإجارة، وفي كتاب الوصايا الثاني: والموصى له بخدمة عبدٍ عشر سنين، لا بأس أن يُكريه عشرَ سنين. وقال ابن الجلاب في «التفريع»: ومن استعار شيئاً إلى مدة، فلا بأس أن يُكريَه مِن مثلِه في المدة، ولا بأس أيضاً أن يعيره مِن مثلِه. وقال ابن سلمون في «وثائقه»: ومن استعار شيئاً لمدة، أو اكتراه، فله أن يُعيره لمثلِه في تلك المدة، أو يُكريَه إلا أن يشترط عليه أن لا يفعل ذلك.

• **فرع: من ملك الانتفاع دون المنفعة هل له أن يعير أو يؤاجر؟:**

من ملك الانتفاع دون المنفعة، فليس له الإعارة، كما ليس له الإجارة، كمستحِق السكنى في عقار موقوف، مثل: الدور والرُّبُط، وبيوت المدارس، فليس له أن يُسكن غيره في مكانه بأجرة ولا بغيرها؛ لأن وقف العقار للسكنى، إباحةٌ لمن وُقف عليه أن ينتفع بنفسه، وذلك لا يقتضي تمليكَه المنفعةَ، فليس له أن يتصرف فيها بحال، كما أن المُضيف إذا قدم الطعام لضيفه، لم يُعدَّ ذلك منه تمليكاً للطعام، بل إباحة للضيف أن يأكل منه، فليس له أن يُطعمه غيرَه، ولا أن يتزود منه، إلا بإذن المضيف.

ومثله مستعيرُ كتاب من الكتب الموقوفة في المساجد والمدارس والمكتبات، ليس له إعارته من غيره. وكذلك مستحقُّ الجلوس بالسبق إلى مكان في مسجد أو سوق، أو رحبة من الرحاب العامة، فليس له أن يُكري مكانه من غيره؛ لأنه ملك الانتفاع بالجلوس دون منفعة المجلس. وإذا أجلس غيره في مكانه، لم يعد ذلك إعارة، فليس له أن يقيمه بعد ذلك ليجلس هو فيه؛ لسقوط حقه بالترك. وينظر الفرق الثلاثون بين قاعدة تمليك الانتفاع وبين قاعدة تمليك المنفعة، من «فروق» القرافي.

• **تنبيه: في التزود من ماء زمزم المسبل للشرب في الحرمين الشريفين:**

ومما يدخل تحت هذا الباب، ماء زمزم المحفوظ في جرار البلاستيك في داخل المسجدين الحرام والنبوي، والمسبل للشرب؛ فليس لأحد أن يتزود =

وشَرْطُ المُستعارِ شيْئانِ:

أَحدُهما: أن يكونَ مما يُنتفعُ به مع بَقاءِ عيْنِهِ[١]، فلا تَنعقِدُ فيما لا يُنتفعُ به إلَّا باسْتهلاكِهِ، كالنُّقودِ والمطْعُوماتِ والمَشْرُوباتِ، وسَائرِ المكيلاتِ والموزوناتِ الاسْتهلاكِيةِ[٢].

والثَّاني: أن تكونَ المنفَعَةُ ممَّا يُباحُ بَذْلُها، فلا تجوزُ في الأزْواجِ والجوَارِي للاسْتِمْتاعِ[٣].

= منه شيئاً قليلاً ولا كثيراً خارج المسجدين؛ لأنه لا يملك إلا الشرب في الموضع، كالضيف فيما يقدَّم له من الطعام. والله أعلم.

(١) فكل الأموال الاستعمالية موضوع للإعارة، سواء كانت عقاراً أو حيواناً، أو عروضاً كالملابس والحلي والآنية وأدوات الصنائع والعمل.

وكما تنعقد الإعارة في الأموال الاستعمالية، كذلك تنعقد في منافع الأبدان، كقول الرجل لغيره: اغسل ثوبي هذا، أو أوصل متاعي هذا إلى البلد الفلاني، فإن هذا من استعارة الأبدان للقيام بعمل من الأعمال. فإذا عمل المخاطب، فهو متبرع في عمله، إلَّا أن يكون معروفاً بأنه لا يعمل مثل ذلك العمل إلَّا بأجرة، فإنه يستحق عليه أجرة مثله؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

(٢) فإن إعارتها تنعقد قرضاً، فيلزمه ضمان مثلها في ذمته، وإن تمت بلفظ الإعارة. ومن أمثلة هذا الباب أيضاً: إعارة جرار الغاز الطبيعي، فإنها قرض لما فيها من الغاز، وهو عين مقومة، والجرة ظرف لحفظه، كالظروف الجلدية والفخارية والحديدية لحفظ المائعات.

(٣) فلا يحل للإنسان أن يعير زوجته أو جاريته لغيره يستمتع بها؛ لما بينا في كتاب الإجارة من أن الفرج لا يحل إلَّا بالنكاح، أو ملك اليَمِين. فلا يحل بذله بإجارة ولا إعارة، وسبق في باب القرض أنه لا يجوز قرض الجواري لما فيه من الذريعة إلى إعارة الفروج. ولذات المعنى لا يجوز إعارتهن لخدمة غير المحارم من الرجال.

فَصْلٌ

في لزوم العاريّة

وتَنعقِدُ العَاريّةُ على وجْهيْنِ:

أحدُهما: أن تَكونَ مُقيَّدَةً بأجَلٍ مَعْلوم، كاستعارةِ الدَّابَّةِ لشهْرٍ والدَّارِ لسَنةٍ، أو بعَمَلٍ مَعْلومٍ، كاستعارةِ الشَّاحنةِ لنقْلِ متاعٍ مَعْلومٍ، أو الجرَّارِ لحرْثِ أرضٍ معلومةٍ.

والثَّاني: أن تكونَ مُطْلقةً عن ذلك(١).

ففي الوَجْه الأوَّلِ تلزَمُ المعيرَ كالإجارَةِ، فليس له اسْترْدادُها من المُستعيرِ حتَّى يَستوفِيَ منها ما سَمَّيا من الأجَلِ أو العمَلِ. وفي الوَجْهِ الثَّانِي لا تلزمُ إلَّا بقدْرِ ما ينتفعُ بها الانتفاعَ المعتادَ في مِثلِها(٢).

---

(١) كمن يستعير سيارة للذهاب عليها إلى عمله، من غير بيان مدة للاستعارة، أو يستعير جراراً للحرث من غير أن يبين الأرض التي يريد حرثها ولا مدة الاستعارة.

(٢) ومعنى هذا أن العاريّة لازمة للمعير في الجملة؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]. ولقوله ﷺ: «**كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ**». أخرجه البخاري عن جابر، ومسلم عن حذيفة. ووجه الدليل منه: أنه لما كان كل معروف صدقة، والصدقة لا يجوز للمتصدق الرجوع فيها، وجب أن لا يجوز للمعير الرجوع في العاريّة؛ لأنها معروف.

إذا ثبت هذا، فإن العاريّة لما كانت مقدرة في الوجه الأول، بالأجل أو العمل الذي سمياه لها، كانت لازمة بذلك القدر، ولما لم تكن كذلك في الوجه الثاني، ولم يوجد ما يتمسك به في تحديد أمد اللزوم إلَّا العرف، وجب المصير إليه؛ لأنه يقوم مقام الشرط.

=

فَصْلٌ
في ضمان العاريّة

العَارِيّةُ المقْبوضَةُ على نوعيْنِ؛ نوْعٍ يَظْهَرُ هلاكُهُ ولا يكادُ يخْفَى، كالعَقَارِ والسَّيارات والحَيوانِ، ونوْعٍ يخفَى هلاكُهُ ولا يكادُ يعرفُ إلَّا من قوْلِ المُستعيرِ، كالحُلِيِّ والثِّيابِ والكُتبِ.

فإن كانتْ من الأوَّلِ فهي أمانةٌ في يدِ المُستعيرِ كالعَيْنِ المُؤْجَرَةِ، يُقبلُ قولُهُ في ادِّعاءِ هلاكِهَا[١]، ولا يَضمنُ إلَّا ما تبيَّنَ أنه هلكَ بِتَعَدٍّ منه أو تَفْرِيطٍ. وإن كانتْ من الثَّانِي فهي مَضْمُونةٌ عليه ضَمَانَ تُهْمةٍ كضَمانِ الصُّناعِ، فلا يُقبلُ قولُهُ في ادِّعاءِ الهلاكِ إلَّا بِبَيِّنةٍ تُبْرِئُهُ. وكذلكَ الحُكْمُ في ادِّعاءِ الضَّياعِ[٢].

= فمن أعار داره لغيره يسكنها، أو أرضه لمن يبني فيها بناء أو يغرس غرساً، فليس له إخراجه منها حتى يبلغ ما تعار لمثله من الأمد. ولهذا فرق ابن القاسم في «المدونة» فيمن أعار أرضه للغرس أو البناء، ثم أراد إخراج المستعير منها، بين من مضى عليه مدة تستعار الأرض لمثلها عادة، فأوجب له على رب الأرض ضمان قيمة ما في الأرض من غرس أو بناء مقلوعاً؛ لأن القلع مستحق عليه لتسليم الأرض خالية كما أخذها، وبين من هو دون ذلك في المدة، فأوجب له قيمة عمله قائماً؛ لأن القلع ليس مستحقّاً عليه في تلك المدة.

(١) وإن لم يعلم ذلك إلَّا من قوله، إلَّا أن يظهر كذبه، كأن يدعي أن الدابة المستعارة ضاعت أو ماتت يوم كذا، وتشهد بينة أنها رؤيت عنده بعد ذلك. وتلزمه اليَمِين أنه ما حصل التلف أو التعيب أو الضياع، بتفريط منه.

(٢) وهذا التفصيل في العواري؛ أنها تضمن ضمان تهمة كالرهون، هو المشهور في المذهب. وقال أشهب وابن عبد الحكم: إنها تضمن ضمان عداء كالمغصوب، من غير تفصيل بين النوعين. قال ابن شاس: وتمسكا بظاهر =

....

= الحديث. يعني: حديث صفوان بن أمية: أن النبي ﷺ، استعار منه يوم حنين أدرُعاً، فقال: أغصب يا محمد؟ فقال: «**لَا، بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ**». أخرجه أبو داود والنسائي. ولا حجة في الحديث من جهة السند ولا من جهة المعنى.

أما من جهة السند؛ فقد روي باللفظ المذكور عن صفوان، وروي عن يعلى بن أمية بلفظ: «**إِذَا أَتَتْكَ رُسُلِي فَأَعْطِهِمْ ثَلَاثِينَ دِرْعاً، وَثَلَاثِينَ بَعِيراً**». قال: فقلت: يا رسول الله! أعاريةً مضمونةً، أم عاريةً مؤدَّاةً؟ قال: «**بَلْ مُؤَدَّاةً**». قال أبو محمد عبد الحق الإشبيلي في «أحكامه»: حديث يعلى بن أمية أصح من حديث صفوان بن أمية. قال ابن القطان في «بيان الوهم»: ولم يبين لماذا رُجح عليه؟ وذلك أن حديث صفوان بن أمية، هو من رواية شريك، عن عبد العزيز بن رفيع، ولم يقل: حدثنا. وهو مدلس، وأما أمية بن صفوان فأخرج له مسلم. اهـ. وتقصى ابن حزم طرقه وضعفها كلها.

وأما حديث يعلى فقد صححه ابن حبان، وأخرج له الحاكم شاهداً من حديث ابن عباس، وصححه على شرط مسلم. وقال ابن حزم في «المحلى»: فهذا حديث حسن، ليس في شيء مما روي في العارية خبر يصح غيره، وأما ما سواه فلا يساوي الاشتغال به. وقد فرق فيه بين الضمان والأداء، وأوجب في العارية الأداء فقط دون الضمان. اهـ.

وأما من جهة المعنى، على فرض صحة رواية صفوان؛ فلنا أن نحمل معناه على لفظ رواية يعلى؛ أي: ضمان الرد لا ضمان العين، ويشهد له سياق الكلام، فإن صفوان خاف أن تكون غصباً، فلا ترد إليه، فسأل النبي ﷺ عن ذلك، فأجابه بما ينفي خوفه.

ويحتمل أن يكون قوله ﷺ: «**عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ**» شرطاً شرطه لصفوان في هذه العاريّة خاصة، وليس حكماً عامّاً فيها؛ لأنه نكَّر الموصوف، ولو كان حكماً عامّاً للعاريّة لعرفه، وقال: بل عاريةٌ، والعاريّةُ مضمونةٌ. وعلى هذا التأويل الثاني، يكون خبر صفوان حجةً لمن قال بجواز اشتراط الضمان على المستعير، وهو قول في المذهب. =

وإذا اشترَطَ المُعيرُ على المُستعيرِ الضَّمانَ في النَّوْعِ الأوَّلِ، أو اشترَطَ عليه المُستعيرُ إسقاطَهُ في الثَّاني، لم ينفَعْهُما الشَّرْطُ على الصَّحيحِ[١].

= وعلى التأويل الأول، تتفق الروايتان في المعنى، ولا دليل فيه على ضمان العارية، ولا على ضده؛ إذ قوله: «**بَلْ مُؤَدَّاةً**» تأكيد لمعنى العاريَّة، وتفسير لها بأنها مردودة لصاحبها بعينها، كالوديعة والعين المستأجرة، وليست كالهبة لا ترد، ولا كالقرض يرد بدله. والله أعلم.

وإذا تبين أن ضمان العاريّة على المستعير غير ثابت من جهة السنة، فإن القياس يوجب أن لا تكون مضمونة عليه كذلك؛ لأن الضمان يجب بسبب زائد على مجرد القبض، من التعدي أو قوة التهمة أو شبهة الملك، كما في المغصوب وما تحت أيدي الصناع، والمقبوض في بيع فاسد. وكل ذلك معدوم في العاريّة إذا كانت من جنس ما يظهر هلاكه. ولأنها عين بذل ربها منفعتها للغير من غير عوض، فأشبهت العبد الموصى بخدمته. ويقال أيضاً: عين مقبوضة لاستيفاء منفعتها برضا ربها، فلم تضمن كالعين المؤجرة. ويقال أيضاً: عين مقبوضة بإذن ربها، مستحَقة الرد بعينها في حال السلامة، فلم تضمن كالوديعة.

غير أن العاريّة ـ كالمرهون ـ لما كانت مقبوضة لمنفعة القابض، وباقية على ملك ربها، لم تكن جارية مجرى الأمانات المحضة كالوديعة، ولا المضمونات المحضة، كالمشترَى والمغصوب، فأخذت بشبه من الطرفين، وتنازعها حكمهما من الضمان والأمانة، فكان الأعدل في اعتبارهما معاً أن ينظر إلى نوع المستعار، فإن كان من جنس ما يخفى هلاكه، ولا يكاد يُعرف إلَّا من قول المستعير، ضمنه إلَّا لبينة تُبْرِئُه؛ للتهمة، وإن كان من جنس ما يظهر هلاكه، ولا يكاد يخفى، بقي على حكم الأصل. فهذا وجه المشهور. والله أعلم.

(١) وذلك أن كل عقد اقتضى الضمان لم يؤثر فيه الشرط، كالمبيع بيعاً صحيحاً يكون مضموناً على المشتري بالعقد، ما لم يكن فيه حق توفية، وما اقتضى الأمانة فكذلك، كالوديعة والإجارة والقراض.

وحيثُ يُقبلُ قوْلُ المُستعيرِ في هَلاكِ العَارِيّةِ، يُقبلُ قولُهُ في رَدِّها لصاحِبِها[١]، إلَّا أن يكونَ المُعيرُ قدْ أشهَدَ على تسليمِها للمُستعيرِ، فلا يُقبلُ قولُهُ في الرَّدِّ إلَّا بِبيِّنَةٍ[٢].

فَصْلٌ
في الانتفاع المأذون فيه من العاريّة

والحُكْمُ في الانْتفاعِ بالعَيْنِ المُستعارَةِ، كالحُكْمِ في العَيْنِ المُؤْجَرَةِ، فيما يجوزُ ويُمنعُ على الجُمْلةِ. ويجبُ تَعيينُ المنْفعةِ التي يُرَادُ استيفاؤُها بالعَقْدِ[٣]، فإذا عَيَّنَها وبيَّنَ صفتَها، لم يجُزْ للمُستعيرِ

---

(١) وذلك فيما لا يغاب عليه كالحيوان والسيارات، فإن المستعير إذا اختلف مع المعير في ردها، فالقول قوله مع يَمِينه، ولم تلزمه البينة. أما ما يغاب عليه من مثل: الحلي والثياب والكتب، فلا يقبل قوله في الرد إلَّا ببينة تُبْرِئُه. ولابن المواز في هذا كلية نقلها عنه ابن شاس نصها: كل من يقبل قوله في التلف يقبل قوله في الرد.

(٢) وهذا الفرع يندرج تحت قاعدة عامة ذكرها ابن حارث الخشني في «أصول الفتيا»؛ قال: كل دافع دفع مالاً إلى غير من دفعه إليه، فلا يبرئه منه إلَّا البينة التي تشهد له بالدفع، وإلَّا فهو ضامن، كان في الأصل ضامناً أو مؤتمناً. وإن دفعه إلى دافعه إليه، فإن كان لذلك المال ضامناً من قبل، فلا يبرئه أيضاً منه إلَّا البينة، وإن لم يكن له ضامناً فالقول قوله إن كان قبضه بغير بينة، فإن كان قبضه ببينة، فلا يبرأ إلَّا ببينة.

(٣) فلا يكفي أن يقول: أعرني دابتك هذه، حتى يبين نوع المنفعة التي يستوفيها منها من ركوب أو حمل متاعه، ويبين نوع المتاع الذي يحمله وقدره؛ لأن الضرر على الدابة يختلف باختلاف ما يستوفى منها من المنافع، وقد يرضى ربها بضرر ولا يرضى بما فوقه. وكذلك في استعارة الأرض، لا بد من بيان أنها للزراعة أو الغرس أو البناء. وفي الاستعارة للزراعة يبين نوع المزروع، فإن لم يبين صح العقد، وزرع فيها ما جرت العادة بزرعه؛ لأنه كالشرط.

مُخَالفَتُها إلَّا فيما هو مِثلُها في الضَّررِ على العَارِيّةِ. فمن استعارَ دابَّةً ليركَبَها إلى موضِعٍ سمَّاهُ، جازَ له أن يركَبَها إليه بنفسِهِ، وأن يُنيبَ غيرَه في الرُّكوبِ إذا كان مِثلَه في الأمانَةِ وضَخامَةِ الجِسْمِ، ولم يَجُزْ لهُ أن يُردِفَ معه غيرَهُ، ولا أن يجاوِزَ المَوْضِعَ المُسَمَّى، أو يَسيرَ بها إلى موْضِعٍ غيرِه، ولو كان مِثلَه في المسَافَةِ. وإذا استعارَها ليَحملَ عليها قنطاراً فُولاً، جازَ له حمْلُ مِثلِه قمْحاً أو عدَساً، ولم يجُزْ لهُ حمْلُ الحجارَةِ، ولا الزِّيادةُ على القِنطارِ.

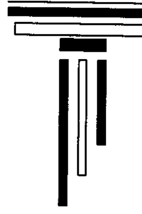
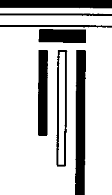
فإذا تعَدَّى بالزِّيادةِ في الحمْلِ أو المسافَةِ، ضمِنَ ما يُصيبُ الدَّابَّةَ من تَلفٍ أو عَيْبٍ(١).

وإذا استعارَ أرْضاً لزَرْعِ الحِنطةِ، جازَ لهُ زرْعُ ما هو دونَها في الضَّررِ على الأرْضِ كالشَّعيرِ والفُولِ، ولم يجُزْ ما هو فوقَها كالذُّرةِ والدُّخنِ والقُطنِ.

* * *

(١) لأنه غاصب في الزيادة، فلزمه الضمان كما لو ركبها أو حمل عليها ابتداء من غير إذن ربها. ولا يستمر الضمان بعد زوال التعدي، بل يزول بزواله، وتعود للأمانة لوجود سببها في الأصل وهو العقد.

وهل عليه الأجرة في الزيادة؟ والجواب: أنه تقدم في كتاب الإجارة أن الضمان لا يجتمع مع الأجرة في جانب واحد، فكذلك هاهنا لا تلزم المستعير الأجرة مع الضمان بتعديه، فإن سَلِمت الدابة لزمته الأجرة، وإن عطبت أو تعيبت، كان ربها بالخيار بين أخذ المستعيرِ بقيمتها في العطب، وقيمة العيب في التعييب، وبين أخذه بالأجرة في قدر الزيادة.

باب الوديعة(١)

الإِيدَاعُ: توْكيلٌ بحفْظِ المالِ.

وأرْكانُه أرْبعةٌ: المودِعُ، والوَدِيعُ، والمالُ المُودَعُ، وما ينعقِدُ بِهِ الإِيداعُ من قوْلٍ أو فعْلٍ(٢).

---

(١) **الوديعة** في اللغة: فعيلة بمعنى مفعولة، وجمعها ودائع، كقرينة وقرائن، من ودع الشيء يدعه إذا تركه، وفي الحديث: «**لَيَنْتَهِيَنَّ أَقْوَامٌ عَنْ وَدْعِهِمُ الْجُمُعَاتِ، أَوْ لَيَخْتِمَنَّ اللهُ عَلَى قُلُوبِهِمْ، ثُمَّ لَيَكُونُنَّ مِنَ الْغَافِلِينَ**». أي: تركهم لها وتخلفهم عنها.

وتطلق في العرف الفقهي على شيئين: العقد، والمال المودع. فالأول ينطبق على ما ذكرته في التعريف بقولي ـ تبعاً للشيخ خليل ـ: الإيداع توكيلٌ بحفظ المال. والثاني ينطبق على التعريف الذي ذكره الشيخ الدردير في «أقرب المسالك» بقوله: مَالٌ مُوكَّلٌ علَى حِفْظِهِ.

(٢) أما المودع والوديع، فهما كالموكل والوكيل. وأما المال المودَع، فهو كل مال يقبل الإيداع، وذلك في الأعيان المحترمة المنقولة.

وأما الصيغة فليست محصورة بلفظ معين، كما تبين في مداخل العقود السابقة، وإنما المعتبر ما يدل على شيئين:

أحدهما: القصد إلى نوع العقد، ككونه بيعاً أو هبة أو قرضاً أو وديعة، أو نحو ذلك.

والثاني: رضا المتعاقدين بالمعقود عليه. فلو وضع رجل مالاً عند رجل آخر، فلا يكون وديعة عنده بمجرد وضعه، فلا يلزمه حفظه حتى يرضى بذلك معرباً بقوله، أو بما دلت عليه قرائن الأحوال.

فَصْلٌ

في صفة يد الوديع على الوديعة

ويَدُ الوَدِيعِ على الوَدِيعَةِ يدُ أَمَانةٍ محْضةٍ، فإذا ضَاعتْ أو تلِفتْ في يدِهِ، لم يَضْمنْها ولو اشترَطَهُ عليه المودِعُ، إلَّا أن يكونَ تلَفُها بفعْلٍ منه يُوجِبُ الضَّمانَ(١)، أو بتعَدِّيهِ عليها، أو تفْريطِهِ فيما يجبُ لحفْظِ أمْثالِها، حتَّى تلِفتْ أو ضاعَتْ(٢).

---

(١) والفعل الموجب لضمان مال الغير، إذا تلف من جراءه، هو الفعل الذي لا يوجد فيه إذن من رب المال، من غير اعتبار قصد الفاعل، فيستوي في الضمان العامد والمخطئ. وهذا ضابط ضمانات الإتلاف.

ومثال ذلك: إذا أذن لك رجل في تقليب قارورة له، فسقطت من يدك على قارورة أخرى مودعة عندك، فانكسرت القارورتان، فلا ضمان عليك في القارورة الساقطة؛ لأنها تلفت من فعل مأذون لك فيه من ربها، بعكس القارورة الأخرى في صفة الفعل والضمان. ولو استودعك رجل جرة أو قارورة فنقلتها نقل مثلها للموضع الذي تحفظها فيه، فسقطت من يدك أو من المركب الذي حملتها فيه، فانكسرت، فلا ضمان عليك؛ لأنها تلفت من فعل مأذون لك فيه. وينظر الفرق الثاني والثلاثون من «فروق» القرافي.

وإنما لم يفد اشتراط الضمان على الوديع؛ لأنه شرط يغير من صفة العقد وأصله، فإنه عقد موضوع على الأمانة، كالقراض والشركة. ويبطل الشرط دون العقد، بخلاف القراض والشركة؛ لأن الوديع متبرع في الحفظ، فلم يكن الشرط في مقابل شيء يبذله له المودع، بخلافهما، فإن الشرط يقع في مقابل حصة الربح، فبطل العقد بوجوده.

(٢) كوضعها في غير حرز أمثالها، أو في مكان غير مأمون، فإنه يضمنها إذا تلفت أو سرقت بسبب ذلك؛ لأنه عرضها للضياع، إلَّا أن يكون سفيهاً أو صغيراً، فإنهما ليسا من أهل الضمان بالتقصير، ولأن التفريط لم يكن منهما، بل كان من ربها بإيداعه إياها عند من ليس من أهل الإيداع. =

فَصْلٌ
في التعدي الموجب للضمان

وإذا فعَلَ الوَدِيعُ فعْلاً تعَدَّى به على الوَدِيعةِ، ضمِنَ ما أصَابَها من تلَفٍ أو ضَياعٍ.

وللتَّعَدِّي أَسْبَابٌ عدِيدَةٌ؛ منها: خلْطُها بغيرِها خلْطاً يتعذَّرُ معه تَمْيِيزُها[١].

ومنها: انْتفاعُ الوَدِيعِ بها انتفاعاً لم يَأْذَنْ له ربُّها فيه، كرُكُوبِ السَّيارَةِ ولُبسِ الثَّوبِ[٢].

= غير أن الصبي إذا نصبه وليه للتجارة، فإنه يضمن ما ضاع من تفريطه، ضمان الكبار الراشدين.

(١) وذلك جار في النقود، والعروض المثلية من المكيلات والموزونات في الغالب.

فإذا كانت من النقود كالدنانير، فخلطها بدنانير مثلها، لم يضمنها؛ لأن أعيان النقود غير مقصودة، وكذلك إذا خلطها بنقود مخالفة في النوع كالدراهم والريالات؛ لإمكان التمييز. وإذا كانت من المكيلات أو الموزونات، وخلطها بما يماثلها في النوع والصفة، كحنطة سمراء يخلطها بمثلها، فلا يضمن؛ لأن المتماثلات لا تقصد لأعيانها كالنقود، فإن خلطها بما يخالفها في النوع، كسمن بعسل أو زيت، أو حنطة بشعير أو أرز، أو بما يخالفها في الصفة، كجيد برديء أو نقي بغَلِث، فهو إتلاف حكماً يوجب الضمان.

وحيث خلطها الوديع بما لا يوجب الضمان عليه، أو اختلطت بماله من غير فعله، فهلك المخلوط كله أو بعضه، فإنه يهلك مضموناً على المودع والوديع على قدر ملكهما.

(٢) فإذا هلكت أو تعيبت في حال الاستعمال، ضمنها؛ لأنه فعل بها فعلاً غير مأذون له فيه، كاستعمال العين المؤجرة أو المستعارة في غير ما أذن ربها فيه. =

ومنها: السَّفَرُ بها، مع وجُودِ أَمِينٍ يُمكنُهُ إيداعُها عِنْدَهُ[(١)].

ومنها: استنفاقُها بغيرِ إذْنِ ربِّها، فيلزَمُه ضَمانُها بالمثْلِ، فإن لم يكُنْ لها مِثلٌ، فالقِيمةُ[(٢)]. وإذا كانتْ من النُّقودِ أو المِثْلِياتِ كالمكِيلِ

= فإذا سلمت حتى ردها لموضعها، عادت إلى حكم الأمانة كما كانت. وهل تلزمه أجرة الاستعمال؟ لم أطلع على نص في ذلك، والقياس يوجب أن تلزمه الأجرة؛ لأنه استهلاك لمنفعة بغير إذن المالك، فوجب أن تضمن قيمتها كالتعدي في استعمال العين المؤجرة والمستعارة. ويحتمل أن لا تلزمه؛ لأنها ما دامت وديعة عنده، فقد أذن ربها في تفويت منفعتها، فلم يكن في استهلاك الوديع لها تفويت لها على ربها. والله أعلم.

(١) لأنه إنما ائتمنه عليها في الحضر، ولم يأتمنه في السفر، فكان بذلك متعدياً، ولأن في السفر بها تعريضاً لها للضياع؛ لما يروى: «**الْمُسَافِرُ وَمَالُهُ عَلَى فَلَتٍ، إِلَّا مَا وَقَى اللهُ**». أي: على هلاك. فإن لم يجد أميناً يودعها عنده، فإنه لا يضمنها؛ لأنه فعل بها فعلاً متعيناً عليه.

فإذا ردها إلى موضع الإيداع بعد العودة من السفر، عادت لحكم الأمانة؛ لأنه إنما أُخذ بالضمان بتعريضها للضياع بسبب السفر، وقد زال السبب فزال حكمه، وصار حافظاً لها على الوجه الذي أمره ربها به. ومثل ذلك إذا ردها بعد أن استعملها من غير إذن ربها. ويقبل قوله مع يَمِينه في ردها سالمة، إلَّا أن ينكر أنه انتفع أو سافر بها، فتقوم بينة تثبت عليه ما أنكره، فلا يقبل قوله في الرد إلَّا ببينة.

(٢) الأصل أن الوديع مأمور بالحفظ، فليس له أن يستنفق الوديعة أو يتصرف فيها بالتجارة بغير إذن ربها. غير أن علماءنا فرقوا في حكم الإقدام على الاستنفاق، بين أن تكون الوديعة من النقود، أو من العروض المقومة، وبين أن يكون الوديع مليّاً قادراً على القضاء، أو مُعدَماً عاجزاً عنه. فقالوا:

أ ـ إذا كانت الوديعة من جنس العروض المقومة، كالثياب والحيوان، لم يجز للوديع استنفاقها بغير إذن ربها، وإن كان مليّاً قادراً على القضاء في =

والموْزُونِ، فرَدَّ مثلَها لمحَلِّ الإِيداعِ، صارَ وَدِيعةً كالأصْلِ[1]. وأمَّا

= الحال؛ لأن المقومات تقصد لأعيانها، وضمان قيمتها لربها بعد التلف، تعويضٌ لها بالمثل في المعنى دون الصورة، فكان تعويضاً ناقصاً، متعيناً من طريق الضرورة والحكم، وقد لا يرضاه ربها في حال الاختيار، بخلاف النقود، فإنها لا تقصد لأعيانها، ومثلها المثليات من المكيلات والموزونات على الراجح، فإن أمثالها تقوم مقام أعيانها، فكان ضمانها لربها إذا تلفت، تعويضاً لها بالمثل في الصورة والمعنى، فكان تعويضاً كاملاً. غير أنه يكره استنفاقها في الجملة ولو كان الوديع مليّاً قادراً على الوفاء في الحال؛ لما في ذلك من التعدي. وقد يكون القول بالجواز من غير كراهة متجهاً إذا كان القصد من الاستنفاق الحفظ من الضياع، فإن الإنسان إذا استهلك مالاً لغيره صار مضموناً عليه في ذمته، وفي ذلك إحراز له من الهلاك. وقد روى عبد الرزاق والبيهقي أن بعض الصحابة كانوا يستسلفون أموال الأيتام، لإحرازها من الهلاك.

ب ـ فإن كان الوديع معدماً عاجزاً عن القضاء في الحال، لم يجز له استنفاق الوديعة بغير إذن ربها؛ لا فرق في ذلك بين النقود والمثليات والمقومات؛ لأن حكم الوديعة أن لربها أن يطلبها متى شاء، فإذا طلبها وقد استنفقها الوديع وهو عاجز عن القضاء في الحال، كان خائناً آكلاً لمال الغير بالباطل، ولأنه إذا مات أو أفلس، فات حق المودع بذلك. فإن أذن ربها جاز، كما لو قال له: إذا احتجت فخذ منها بقدر حاجتك.

وتصرف الوديع بالتجارة في الوديعة، كالاستنفاق في الحكم، وله الربح كاملاً بما عليه من الضمان. قال مالك في «الموطأ»: إذا استُودِع الرجلُ مالاً، فابتاع به لنفسه وربح فيه، فإن ذلك الربح له؛ لأنه ضامن للمال حتى يؤديه إلى صاحبه. اهـ. ويدل له حديث عائشة المتقدم في باب البيوع الفاسدة: «**الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**». وهو حديث جرى مجرى القاعدة.

(١) كما سبق في حكم ردها إلى موضعها سالمة بعد السفر بها أو استعمالها من غير إذن. ويقبل قوله في الرد لمحل الإيداع مع يَمِينه، إلَّا أن تقوم بينة تثبت كذبه.

إن كانتْ من المُقَوَّماتِ كالحَيَوانِ والثِّيابِ، لم يَبْرَأْ إلَّا بردِّ القِيمةِ لِرَبِّها[1].

ومنها: إيداعُها لدى الغَيْرِ من غيرِ عُذْرٍ يُسوِّغُه، فإنه يَضمنُها إلَّا أن يكونَ الوَدِيعُ الثَّانِي موْضِعاً لحفْظِ متاعِهِ، كزوجتِهِ وأجيرِه الذي في عيالِهِ[2].

---

(١) كما لو كانت الوديعة جملاً، فباعه أو ذبحه، ثم رد جملاً مثله لمكان الوديعة، فإن ذلك لا يعد قضاء لما عليه، ولا يبرئه من الضمان، حتى يؤدي للمودع قيمته ويُشهد على الأداء؛ لأنه لم يستهلكه بإذن صاحبه، فيكون ضامناً له بما يماثله في الصورة كالقرض، بل استهلكه على وجه التعدي، فوجب أن يضمنه بقيمته كسائر المتلفات المقومة. وهذا معنى قول مالك في كتاب الأقضية من «الموطأ»: الأمر عندنا فيمن استهلك شيئاً من الحيوان بغير إذن صاحبه؛ أن عليه قيمته يوم استهلكه ليس عليه أن يؤخذ بمثله من الحيوان، ولا يكون له أن يعطي صاحبه فيما استهلك شيئاً من الحيوان، ولكن عليه قيمته يوم استهلاكه؛ القيمة أعدل ذلك فيما بينهما في الحيوان والعروض. اهـ.

(٢) ويعرف ذلك بما جرى من عادته التي تظهر للناس بالتجربة وطول الزمان. وإنما لم يلزمه الضمان؛ لأن الشأن في الناس أن يودعوا أموالهم عند من يخالطهم مخالطة ملازمة من الأزواج والخدم، فتصير أيديهم كيده.

وإنما لزمه الضمان بالإيداع عند الغير من غير عذر، وإن كان معروفاً بالأمانة والصلاح؛ لأن المالك رضي بأمانة الوديع دون غيره، فكان متعدياً بدفعها إلى غيره، والمتعدي ضامن.

ومن الأعذار التي يسقط معها الضمان بالإيداع عند الغير، أن تنهدم دار الوديع فتصير عورة، أو يطرأ ظالم يخشى منه التسلط على أمواله، أو يعرض له سفر ولا يتمكن من رد الوديعة لصاحبها لغيبته أو سجنه؛ فإذا أودعها عند =

ومنها: أن يُرسِلَها لرَبِّها بغيرِ إذْنِهِ، فتضِيعَ أو تتْلَفَ من يدِ الرَّسُولِ[(١)]. فإن أذِنَ لهُ ربُّها، لم يَضمنْ، ولا يُصَدَّقُ الوَدِيعُ في دعْوَى الإذْنِ إلَّا ببيِّنَةٍ تُبْرِئُهُ[(٢)].

فَصْلٌ
في رد الوديعة

ورَدُّ الوَدِيعَةِ واجبٌ متى ما طلَبَها ربُّها، ولم يُوجدْ عذْرٌ يَمنعُ من المُبادرةِ إلى الرَّدِّ[(٣)]. ويُقبلُ قوْلُ الوَدِيعِ في دعْوَى التَّلَفِ والرَّدِّ،

= غيره لأحد هذه الأسباب ومثلها، فتلفت عند الثاني، من غير تعد ولا تقصير، فلا ضمان على أحد منهما. ولا يصدق الوديع في ادعاء العذر الموجب للإيداع عند الغير، إلَّا بأمر ظاهر يُعلم منه صدقه، أو بينة تشهد على وجود العذر الذي ذكره الوديع، لا على إقراره به؛ لأن الأصل انتفاؤه.

وإذا زال العذر، وجبت المبادرة لاسترجاعها من الوديع الثاني؛ لأنه إنما استودعها لمكان الضرورة، وهي تقدر بقدرها، فإن توانى حتى تلفت أو ضاعت ضمنها.

(١) ومثله أن يذهب بها إلى ربها بنفسه. وإنما يضمنها؛ لأنه فعل بها فعلاً غير مأذون له فيه، فإنه مأذون له في الحفظ دون النقل، وإذا أراد أن يردها إلى ربها، أرسل إليه ليأخذها بنفسه، وليس له أن يرسلها إليه، إلَّا أن يكون له عذر يسوغ ذلك، كالمسافر الذي أودعت معه وديعة ليوصلها إلى بلد سفره، فعرضت له إقامة طويلة في الطريق، فإن له أن يبعثها مع أمين، ولا يضمنها إذا تلفت من يده، بل يضمنها إذا استبقاها عنده؛ لأنه مأمور بإيصالها، فلما عجز بنفسه وجب عليه أن يوكل من ينوب عنه في ذلك.

(٢) ويحلف ربها أنه ما أذن له، ليبرأ من ضمانها، فإن نكل حلف الوديع أنه أرسلها بإذنه، فإن نكل قضي عليه بنكوله.

(٣) لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]. =

....

= وقوله سبحانه: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣].
قال القرطبي في تفسير الآية الأولى: قال ابن عباس: لم يرخص الله لمعسر ولا لموسر أن يمسك الأمانة. **قلت**: وهذا إجماع. وأجمعوا على أن الأمانات مردودة إلى أربابها الأبرار منهم والفجار، قاله ابن المنذر. اهـ. ويروى عن النبي ﷺ أنه قال: «**أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ**». أخرجه أبو داود والترمذي عن أبي هريرة. قال الترمذي: حسن غريب.

فإن امتنع من ردها من غير عذر، كان غاصباً ضامناً لها إذا تلفت، ولا يسقط عنه الضمان إذا استدرك بعد الامتناع، فقال: ضاعت مني قبل أن تلقاني؛ لأن امتناعه قبل ذلك قرينة تدل على إقراره بوجودها، وادعاؤه الضياع بعد ذلك تكذيب لإقراره، وهو لا يقبل.

وإن سبقت للمودع مظلمة مالية ظلم بها الوديع، من سرقة أو غصب أو دين مطل به أو جحده، فهل له أن يقتطع من الوديعة بقدر مظلمته؟ والجواب: فيه خلاف في نقل المذهب على قولين:

أحدهما: المنع، واقتصر عليه الشيخ خليل في «المختصر» تبعاً لرواية ابن القاسم في «المدونة». قال ابن القاسم: ظننت أنه ـ يعني مالكاً ـ قاله للحديث الذي جاء: «**أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ**».

والقول الثاني: الجواز، إذا كانت الوديعة من مثل ماله الذي ظلمه به، ككونهما نقوداً دنانير أو دراهم، أو مكيلين أو موزونين متماثلين في الجنس والصفة. ورجحه كثير من الشيوخ. قال المواق: وحاصل كلام اللخمي وابن يونس وابن رشد والمازري ترجيح الأخذ. اهـ. واستُدل له بعموم قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦]. وقوله: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]. وقضائه ﷺ لهند بنت عتبة بأخذ ما يكفيها وولدها بالمعروف من مال أبي سفيان، لما شكت له أنه لا يعطيها نفقتها ونفقة أولادها. قال ابن بطال في «شرح البخاري»: فدخل في معنى ذلك كل من وجب عليه حق لم يوفه أو جحده، فيجوز له الاقتصاص منه.

مِن غيرِ بَيِّنةٍ، إلَّا أن يكُونَ المودِعُ قد استوْثَقَ منه بِبَيِّنةٍ يومَ الإِيداعَ، فَلَا يُقْبَلُ فِي دَعْوَى الرَّدِّ إلَّا بِبَيِّنةٍ مِثْلِها[1].

---

(١) أما قبول قوله مطلقاً في دعوى التلف، سواء استوثق منه المودِع على القبض أم لا، فلأن الوديع أمين بحكم الشرع، ولو اشترط عليه المودِع الضمانَ لم ينفعه شرطه؛ وذلك يقتضي أن القول قوله في دعوى التلف والضياع، كالمضارب والشريك. وأجمع العلماء على ذلك؛ قال ابن المنذر في «الإشراف»: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم، على أن المودَع إذا أحرز الوديعة، ثم ذكر أنها قد ضاعت، أن القول قوله مع يمينه. اهـ.

ولو قال: لا أدري أتلفت أم ضاعت، لم يُكلَّف البينةَ كذلك؛ لأنه تردد بين أمرين هو مصدق فيهما لو تحقق.

وأما التفريق في دعوى الرد، بين أن يستوثق المودِع للقبض ببينة، فلا يقبل قول الوديع إلا ببينة، وبين أن يُقبضه من غير استيثاق، فيقبل من غير بينة، كما في دعوى التلف، فلأنه لما استوثق منه حين الإيداع، فقد رضي بأمانته في الحفظ دون الرد، فإذا ادعى ردها فقد ادعى براءته مما ليس بمؤتمن فيه، فلم يقبل منه إلَّا ببينة، كالوصي إذا ادعى رد المال على اليتيم، وكدعوى ردها إلى غير المودِع كوارثه أو وكيله. ولأن البينة على القبض حين الإيداع، وثيقة لجانب الاستيفاء، لا تظهر فائدتها إلَّا عند المطالبة بالرد، فإذا قبل قول الوديع من غير بينة، لم يبق للبينة الأولى فائدة، وذلك لا يجوز. فإن قيل: لم فرقتم بين دعوى الرد ودعوى التلف؟ قلنا: ألا ترى أن المودِع لو مات، فادعى الوديع التلف صُدِّق؛ لأنه لم يصر بموت المودِع ضامناً، ولو ادعى الرد على الوارث لم يُصدَّق؟ فهذا مما يبين أنهما لا يستويان.

إذا ثبت هذا، فحيث لم توجد بينة على القبض، فالوديع مصدق في دعوى الرد بيمينه، كالمستعير في رد العارية التي لا يضمنها. فإن نكل ردت اليمين على المودِع، فإن حلف ضمن الوديع قيمتها، وإلا برئ.

وأما في دعوى التلف والضياع، فمشهور المذهب أن الوديع مصدق من =

ولا يُقبلُ قوْلُ الوَدِيعِ في الرَّدِّ على وارِثِ المُودِعِ، ولا قولُ وارِثِهِ في الرّدِّ على المُودِعِ، إلَّا بِبَيِّنةٍ فيهما[1].

= غير يمين، إلا أن يكون ممن يُتهم في دينه باستحلال ما لا يحل، والتساهل فيما يقع في يديه من أموال الناس، فلا يبرأ حتى يحلف. وروى ابن نافع عن مالك: أنه يحلف مطلقاً كما في دعوى الرد، وهو القياس.

والأول استحسان خفيت علته وقوي تأثيرها، فإن المودِع إذا لم يدع شيئاً معيناً على الوديع إلا تكذيبه في قوله: تلفت أو ضاعت، لم يمكن إثباته بالبينة، وإذا كان كذلك، فلا يمين على الوديع؛ لأن اليمين إنما تتوجه حيث تمكن البينة. ولهذا المعنى لم يقبل قوله مطلقاً في دعوى الرد إلا بيمينه؛ لأن المودِع يدعي عليه شيئاً معيناً يمكن إثباته بالبينة، وهو عدم الرد. ولهذا المعنى أيضاً، إذا حقق المودِع عليه الدعوى، فقال: استنفقتها، أو تلفت من تعديك أو تفريطك، أو جحدتها ولم تزل عندك، لم يبرأ حتى يحلف سواء كان من أهل الأمانة أو الاتهام. والله أعلم.

وحيث يحلف المتهم، فإن نكل ضمن قيمتها، ولا ترد اليمين على المودِع؛ لأن أيمان التهم لا تُرد، على المذهب؛ لأنها تتوجه في موارد لم تتحقق فيها الدعوى ولم يقطع بها، بل لمجرد استبراءِ مَن توجهت عليه، مِنَ التهمة وسوء الظن.

(١) لأن الوديع إنما صار مؤتمناً عند المودع بائتمانه إياه، فلا يلزم أن يكون بذلك مؤتمناً عند وارثه، فلا يبرأ في الرد عليه إذا مات المودع إلَّا ببينة؛ قياساً على أوصياء الأيتام، فإن الله أمرهم أن يدفعوا إليهم أموالهم إذا بلغوا راشدين، بقوله: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، وأمرهم أن يشهدوا على ذلك، فقال: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦]. وذلك لأن لليتيم أن يقول لوصيه: إنك لم تكن أميناً لي، وإنما كنت أميناً لأبي أو للحاكم. فوجب لأجل هذا أن لا يقبل قوله في دفع المال إليه إلَّا ببينة تُبرئه. =

وإذا جَحَدَها الوَدِيعُ بعد الطَّلبِ، فأقامَ ربُّها بَيِّنةً على ثُبوتِ الإيداع، أو عادَ الوَدِيعُ فأقرَّ به، ضمِنَها إن تلِفَتْ في يدِهِ كالغاصِبِ، فإن ادَّعى الرَّدَّ أو التَّلَفَ لم يُصدَّقْ، فإن أقامَ بَيِّنةً ففي براءتِهِ خِلَافٌ(١).

= وكذلك في الرد على غير المودِع، كوارثه أو وكيله؛ قال ابن رشد في «المقدمات»: من دفع الوديعة إلى غير اليد التي دفعَتْها إليه، فعليه ما على ولي اليتيم من الإشهاد، فإن لم يشهد فلا يصدق في الدفع إذا أنكر القابضُ. اهـ. وقال ابن المواز: كل من دفع إلى غير اليد التي أودعته، فعليه البينة، ومن رد إلى اليد التي أعطته، فالقول قوله في الرد بلا بينة، إذا لم يأخذ ذلك ببينة. نقله أبو محمد في «النوادر».

وكذلك في وارث الوديع إذا رد الوديعة على المودِع وأولى غيره؛ لأنه لا يلزم من ائتمان الوديع أن يكون وارثه مؤتمناً عند المودِع، فلا يبرأ إلَّا ببينة على الرد.

(١) أعني قولين مشهورين في المذهب؛ **أحدهما**: لا تقبل، وشهَّره ابن شاس. **والثاني**: تقبل، اختاره اللخمي، وشهَّره ابن زرقون.

فوجه الأول: أن إقامته بينةً بالرد أو التلف، يستلزم إقراره بالإيداع، فكان مناقضاً لما تقدم من إنكاره له، فلم يقبل. وهذا التوجيه يجري على قاعدة معتبرة عند الحنفية؛ وهي: أن من سعى في نقض ما تم من جهته، فسعيه مردود عليه. وتطَّرد في نظائر أخرى، منها من ادعي عليه دين من قرض أو ثمن بيع، فأنكر المعاملة، فأقام طالبه بينة على ثبوتها، فأقام المطلوب بينة على الأداء، لم تقبل، ولزمه الغرم. ومن ملَّك امرأتَه طلاق نفسها، بكلام يقتضي التمليك، فقضت بالثلاث، فأنكر أن يكون أراد بكلامه الطلاقَ، ثم عاد فادعى أنه أراد به واحدة، لم يقبل قوله، ولزمه الثلاث.

ووجه الثاني: ما ذكره اللخمي من أن له مسوغاً صحيحاً في الجحد، بأن يقول: خشيت أن أُكَلَّفَ البينةَ على الرد، فجحدتُ الإيداعَ لدفعها. =

فَصْلٌ
في موت الوديع قبل الرد

ومَن كان عندَه مالٌ وَدِيعةً، ثَبتتْ بإقرارِه أو بِبَيِّنةٍ[(١)]، ثُمَّ ماتَ

= وهو غير متضح عندي؛ لأن الوديع مصدق في الرد بغير بينة، إلا حيثُ استوثق المودع منه ببينة عند الإيداع. ويتجه أن يقال: إن البينة تشهد على فعل حصل قبل الجحد، وهو الرد أو التلف، فلم يكن جحده رافعاً لما ثبت قبله، كما لو أقامها ثم جحد الإيداع.

وينبني على توجيه القول الأول: أنه متى كانت صيغة جحوده للإيداع، جارية على وجه لا يكذب البينة، قُضي بها قولاً واحداً، كما لو قال للمودِع عند المطالبة: ما لك عندي شيء، أو لا يلزمني تسليم شيء إليك؛ لأنه يحتمل أنها كانت عنده قبل ذلك، ثم ردها إليه أو تلفت بغير تعدٍّ منه، فلم يتناقض كلامه.

(١) ومثل الإقرار والبينة: أن يوجد في تركة الميت مال مكتوب على وعائه من ظرف أو صرة أو كيس أو وَفْضة: وديعة فلان، وتشهد البينة أن الكتابة من خط الميت، أو خط من ذكر اسمه، وجب على الوارث دفعها إليه؛ لأنها إن كانت بخط الميت، فهو إقرار مبتدأ منه بها للذي ذكره، فهو كما لو قال: هذه وديعة فلان، ثم مات. وحكى ابن رشد الاتفاق على ذلك. وإن كانت بخط من وجد عليها اسمه، فهو إقرار من الميت له بذلك بعد الدعوى بها؛ لأن الكتابة في معنى قول الكاتب: هذه وديعتي، ووجودها في حيازة الميت، في معنى قوله: صدقت. وقال ابن دحون: لا يُقضى له بها؛ لاحتمال أن يكون بعضُ الورثة أخرجها له، فكتب عليها اسمه، وأخذ منه على ذلك جُعلاً. والصحيح الأول.

فإن ثبت أن الكتابة، ليست من خط الميت ولا من خط من وجد اسمه على المال، فقد صرح ابن رشد: أنه لا يُقضى له بها. وهذا عندي والله أعلم، في كتابة يجهل صاحبها، فإن ثبت أنه فلان، فالذي يظهر أنها تجري مجرى =

فإن وُجدتْ بعيْنِها رُدَّتْ لصاحِبِها، وإلَّا أُخِذَ بقدْرِ قِيمتِها من التَّرِكةِ، إلَّا أن يَكُونَ أوْصَى بها قبْلَ موتِهِ[1].

= الشهادة، فإن كان الكاتب عدلاً، وادعاها من ذكر اسمه، قضي له بها إن حلف؛ لأنه استحقها ببينة كاملة.

وهذه الجملة مبنية على ما يذهب إليه علماؤنا، من أن الخط متى ثبتت نسبته لصاحبه، فإنه حجة إذا تضمن إقراراً منه بحق، وإن تجرد مضمونه عن الشهادة، كما سيأتي في موضعه من كتاب الشهادات.

(١) وجملته: أن من أخذ من غيره مالاً وديعةً، ولم يردها حتى مات، فإن وجدت بعينها، وعرف الورثة صاحبها، فعليهم تمكينه من أخذها، وإن لم يطلبها؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]، وقوله ﷺ: «**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ**». أخرجه أصحاب السنن عن سمرة، وصححه الحاكم على شرط البخاري. وليس لهم أن يمسكوها حتى يعلم ربها بالموت ويطلبها؛ لأنه لم يأتمنهم عليها، وإنما حصل مال غيرهم في أيديهم، فأشبه ما لو أطارت الريح ثوب جار فسقط في دار جاره.

وإن لم توجد بعينها، فُرِّق بين أن يكون قد أوصى بها قبل الموت، فلا يلزم الورثة لربها في مال الميت شيء، وبين أن يكون مات من غير إيصاء، فيلزمهم مثلها وإلا فالقيمة، ويحاصص بها سائر الغرماء في مال التركة إذا ضاق؛ لا فرق في ذلك بين أن تكون نقداً أو عرضاً أو طعاماً. وهذا مبني على أن حاله محمولة على أنه استسلف الوديعة، فثبتت ديناً في ذمته. ولما كان الإيصاء بها قبل الموت، معارضاً لهذا الظاهر وأقوى منه، سقط عنه الضمان؛ لأنه أقرَّ أنه لم يستسلفها قبل ذلك، وهو مصدق، فيتعين حملها على أنها تلفت أو ضاعت بعد ذلك.

فإن قيل: كان الأولى أن يحمل حاله على أنها تلفت أو ضاعت من غير تعدٍّ ولا تفريط؛ لأنه الأصل فإنه مؤتمن، فوجب أن لا يضمن. قيل في جوابه: هذه مسألة تعارض فيها الأصل مع الغالب، فإن الغالب من أحوال =

فَصْلٌ
في رد المال لربه بواسطة رسول

وَإِذَا كَانَ الوَدِيعُ وَالمُودِعُ فِي بَلَدَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، فَبَعَثَ أَحَدُهُمَا رَجُلاً لِرَدِّ الوَدِيعَةِ؛ فَإِنْ كَانَ الذِي بَعَثَهُ رَبَّ المَالِ، بَرِئَ الذِي عِنْدَهُ المَالُ بِمُجَرَّدِ الدَّفْعِ إِلَى الرَّسُولِ، وَإِنْ بَعَثَهُ الآخَرُ، لَمْ يَبْرَأْ إِلَّا بِالإِقْبَاضِ.

ثُمَّ إِنْ مَاتَ الرَّسُولُ فِي الطَّرِيقِ، وَلَمْ يُوجَدْ مَعَهُ المَالُ، أُخِذَ مِنْ تَرِكَتِهِ بِقَدْرِهِ وَأُعْطِيَ لِرَبِّهِ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ الوُصُولِ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ الذِي أَرْسَلَهُ بِشَيْءٍ.

وكَذَلِكَ الحُكْمُ فِيمَنْ أُرْسِلَ مَعَهُ قِرَاضٌ أَوْ بِضَاعَةٌ أو دَيْنٌ[1].

= الناس استسلاف الودائع لا سيما إذا كانت من النقود والمثليات، وإذا كان كذلك قدم الغالب؛ لأنه مع الأصل كالناسخ مع المنسوخ في النصوص. والله أعلم.

• فرع:

ومثل الوديعة في الحكم المتقدم: الهبة يهبها الرجل من ابنه الذي في حجره، أو الصدقة يتصدق بها عليه، ويشهد على ذلك ثم يموت، ولم توجد الهبة أو الصدقة بعينها في ماله، فإنها تؤخذ منه بقدر قيمتها من التركة؛ لأن الإشهاد يُبَتِّل العطية، وإن لم تخرج من حوزه؛ لأن الأب ولي الحيازة فيما يعطيه هو أو غيره لولده الذي في حجره.

(١) وجملة القول في هذا الفصل: أن الرسول وكيل بالقبض وديع في حمل المال، لمن أرسله دون الآخر. فإن كان الذي أرسله رب الوديعة أو القراض أو البضاعة أو الدين، أو غيرهم، فهو وكيله بالقبض، فيبرأ الذي عنده المال بمجرد الدفع إليه، وليستوثقْ لنفسه على الإقباض؛ لأنه غير مصدق =

....

= فيه إلا ببينة. ثم يصير الرسول وديعاً جديداً لرب المال، حتى يسلمه إليه، فمتى ادعى أنه سُرق منه أو تلف أو ضاع، لم يضمن؛ لا فرق في ذلك بين أن يدعي حصول ذلك في الطريق أو بعد الوصول إلى البلد. وكذلك إذا أرسله الذي عنده المال.

وإن مات في الطريق، ولم يوجد المال معه، أُخذ من تركته بقدره؛ لما قدمنا من أن حاله تحمل على استسلاف الوديعة، وهو أولى من حملها على التلف والضياع. وهذا هو المشهور. ويحتمل أن يترجح حمل حاله على التلف والضياع، فيسقط عنه الغرم؛ لأن حال السفر تختلف عن حال الحضر، بكونها مظنة لضياع الأموال وتسلط اللصوص، كما روي: «**إنَّ الْمُسَافِرَ وَمَالَهُ لَعَلَى فَلَتٍ، إلَّا مَا وَقَى اللهُ**». **فَلَت**: هلاك. ولهذا المعنى لم يجز للوديع والمضارب أن يسافر بالمال إلا بإذن ربه.

وإن مات بعد أن بلغ البلد، فكذلك في قول أشهب وابن المواز. وهو قياس المذهب؛ لأن صفة الوديع لا تسقط عنه بالوصول، فلم يسقط عنه حكمها.

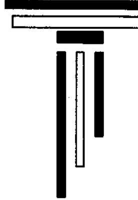
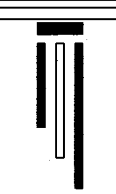
والمشهور أن رب المال لا يرجع على الورثة بشيء، وله على من يَجُوز قولُه منهم أن يحلف له أنه لا يعلم له شيئاً. ووجهه: أن الرسول لا يبقى وكيلاً بالحفظ بعد الوصول، بل هو مأمور بدفع المال لربه من فوره، وظاهر الحال يقتضي أنه فَعَل قبل موته، ولا يقبل قول رب المال في إنكار القبض إلا ببينة؛ لأن الرسول لو كان حيّاً كان مصدقاً عليه في دعوى القبض من غير بينة، فلم يضمن بعد الممات. وبهذا فارق الوديعَ يموتُ ولا توجد عنده الوديعة، فتثبت ديناً في تركته؛ فإنه موكل بالحفظ، والرسول موكل بالأداء بعد الوصول.

وإن أرسله الذي عنده المال، كالوديع والمضارب والمبضع معه والمدين، فهو وديع له ما دام في الطريق، ووكيلاً بالدفع بعد البلاغ. ومعنى هذا أنه مؤتمن عنده لا عند المرسَل إليه، فلا يبرأ المرسِلُ حتى يصل الرسول =

....

= ويسلم المال لربه. وينبغي أن يستوثق لموكِّله لدى التسليم ببينة خطية أو شخصية؛ لأن المرسَل إليه لو أنكر القبض، لبقي المال في ذمة المرسِل حتى يؤديه.

وإذا مات في الطريق، ولم يوجد للمال أثر، أُخِذ من تركته بقدره، كرسول رب المال؛ للمعنى الذي ذكرناه. وإن مات بعد أن بلغ البلد، ولا بينة على دفعه المالَ لربه، لم يبرأ الذي أرسله حتى يؤدي ما عليه لربه. وليس له أن يرجع على ورثة الرسول بشيء في التركة، وله اليمينُ على من يجوز أَمْرُه منهم، أنه ما يعلم له شيئاً. ووجهه كما ذكرنا في رسول رب المال، فإنه بعد الوصول يتحول من وديع إلى وكيل بالدفع، فيُحمل حالُه على الامتثال من غير إمهال، وهو مصدق على الذي أرسله في دعوى الدفع لو كان حيّاً، من غير بينة؛ لأن يده كيده، فلم يضمن بعد الممات. والله أعلم.

باب الوكالة

الوَكالَةُ: نِيابةٌ في حقٍّ من الحُقوقِ[(١)].

---

(١) وهذا حدها في العرف الفقهي، وهو أخص من معناها في اللغة، فإنها ترد بمعنى الاعتماد على الغير إنابة وتفويضاً وحفظاً، فقولك: توكلت على الله، كقولك: اعتمدت عليه في جميع أمري، وقوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ وَكِيلٌ﴾ [هود: ١٢] كقوله: ﴿إِنَّ رَبِّي عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ حَفِيظٌ﴾ [هود: ٥٧].

والوكالة جائزة بعوض وبغير عوض، فإذا اشترط لها عوض، فهي إجارة لا تصح إلَّا في عوض معلوم وعمل معلوم، إلَّا أن تنعقد على صفة الجعالة، فلا يشترط فيها كون العمل معلوماً، كما في الوكالة على الخصومة التي تسمى الآن: المحاماة.

ومشروعية الوِكالة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب؛ فقوله تعالى عن أصحاب الكهف: ﴿فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ﴾ [الكهف: ١٩]. ووجه الدليل منها: أنهم وكلوا واحداً منهم بالشراء، وحكى الكتاب العزيز وكالتهم هذه ساكتاً عليها، فدل ذلك على إقرارها. ولأن الله ﷻ أدخل العاملين على الزكاة في جملة مستحقيها، وذلك دليل على جواز وكالتهم.

وأما السنة؛ فعن عروة البارقي: أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري به أُضْحِيَةً - أو شاة - فاشترى شاتين، فباع إحداهما بدينار، فأتاه بشاة ودينار، فدعا له بالبركة في بيعه، فكان لو اشترى تُرَاباً لربح فيه. أخرجه أبو داود من رواية شبيب بن غرقدة، وساقه البخاري في صحيحه عرضاً. وأخرجه أبو داود أيضاً والترمذي وابن ماجه، من رواية أبي لبيد. قال المنذري: وحديث الشاة =

وأركانُها أرْبعةٌ: المُوَكِّلُ، والوَكيلُ، والعَمَلُ المُوَكَّلُ فيه، والصِّيغةُ، وهي كُلُّ ما دلَّ على التَّوكيلِ من قولٍ[1]، أو فعْلٍ كالإشارةِ المُفْهمةِ والكِتابةِ[2].

والضَّابطُ لشَرْطِ المُوَكِّلِ والوَكيلِ: أن كُلَّ من جازَ لهُ التَّصرُّفُ

= من رواية أبي لبيد عن عروة طريق حسنة. اهـ. وفي الحديث أدلة:

أحدها: جواز التوكيل في الشراء، وهو كالتوكيل في البيع.

والثاني: جواز تصرف الوكيل بما يخالف أمر الموكل إذا كان فيه غبطة له.

والثالث: صحة تصرف الفضولي، فإن عروة باع الشاة الثانية من غير إذن مالكها الذي هو رسول الله ﷺ.

وروي عنه ﷺ؛ أنه بعث عَمْرو بن أُمية الضَّمْري إلى النجاشي، فزوجه أم حبيبة بنت أبي سفيان، وكانت يومئذ في الحبشة؛ وهو يحتمل أن يكون أحدُهما النجاشيُّ أو عمْرو، وكيلاً له ﷺ في نكاحها. وروى مالك في «الموطأ» عن سليمان بن يسار؛ أن رسول الله ﷺ بعث أبا رافع مولاه، ورجلاً من الأنصار، فزوجاه ميمونة بنت الحارث، ورسولُ الله ﷺ بالمدينة قبل أن يخرج.

وأما الإجماع؛ فقال ابن قدامة: وأجمعت الأمة على جواز الوِكالة في الجملة.

(١) كقوله: وكلتك أن تفعل كذا، أو أنت وكيلي فيه، ونحو ذلك، فيجيبه المخاطب بما يفيد القبول، نحو قوله: قبلت أو وافقت. فإن لم يجبه بشيء أو أجابه بما لا يفيد القبول، لم تنعقد الوكالة.

(٢) بل ينعقد حكم الوكالة في تصرف الشخص في ملك الغير، إذا كان المالك عالماً واستمر ساكتاً، فإنه يدل على الرضا منه بالتوكيل، كما يحدث في الأملاك المختلطة والمشتركة، كتصرف الزوج في ملك زوجته، وتصرف الأخ في ملك أخته مع ملكه، فإنه يحمل على الوكالة إذا كان التصرف مع وجود العلم واستمرار السكوت من الزوجة والأخت.

لنفسِهِ في شَيْءٍ، جازَ لهُ أن يَستنيبَ فيه إذا كانَ قابِلاً للنِّيابةِ. وكُلُّ من جازَ لهُ أن يَتصرَّفَ لنفسِهِ في شَيْءٍ، جازَ لهُ أن يَتوكَّلَ فيه عن غيرِه إذا كان قابِلاً للاسْتنابَةِ.

ولا يجُوزُ أن يُوَكِّلَ المُسلمُ كافِراً في البَيعِ والشِّراءِ لمُسلمٍ، ولا في اقْتضاءِ دَيْنٍ أو غلَّةِ وقْفٍ(١).

فَصْلٌ

في العمل الموكل فيه

وكُلُّ حقٍّ من الحُقوقِ التي تقْبَلُ النِّيابةَ، موضُوعٌ للوَكالةِ(٢)،

---

(١) أما توكيله على البيع والشراء، فلئلا يأتيه بالحرام من الربا ونحوه. وأما في اقتضاء الدين ونحوه، فلأنه قد يغلظ على المسلمين الذين وكل عليهم في التقاضي، ويستعلي عليهم بقصد إذلالهم، ولا يجوز لمسلم أن يعينه على ذلك، والله تعالى يقول: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

(٢) وضبط القرافي الفرق بين ما تصح النيابة فيه وما لا تصح، بضابط عقده في الفرق العاشر والمئة من «فروقه»، فقال ما ملخصه: الأفعال بالنظر إلى دخول النيابة فيها على ثلاثة أقسام:

الأول: قسم يشتمل على مصلحة لا ينظر فيها إلى الفاعل، كرد الودائع وقضاء الديون، وتفريق الزكوات. وهذا القسم تصح فيه النيابة إجماعاً.

والثاني: قسم لا يتضمن مصلحة في نفسه، بل ينظر إلى فاعله، كالصلاة، فإن مصلحتها الخشوع والخضوع لله تعالى، وذلك إنما يقصد تحصيله في نفس المخاطب بها، فلم تجز النيابة فيها إجماعاً.

والثالث: قسم متردد بين هذين القسمين، كالحج فإن مصالحه ترجع إلى تحقيق العبودية في نفس المخاطب به؛ لأن أفعاله غير معقولة المعنى في نفسها، ولا ينفك في الغالب عن نفقات مالية في الذهاب والرجوع والإقامة، =

دونَ اعتبارِ رِضا المُوكَّلِ عليه ولا حُضُورِه. ومن ذلك إبْرامُ العُقُودِ كالنِّكاحِ[1] والبَيعِ والإِجارَةِ، وفسْخُها كالإقالةِ والطَّلاقِ والخُلْعِ[2]، وقبْضُ الأَعيانِ المُعارةِ والمُودَعةِ والمَغصُوبةِ والمَرهُونةِ، وإقباضُها من أرْبابِها، واقتضاءُ الدُّيونِ وقَضاؤُها، والحَوالاتُ فيها، والإبْراءُ منها[3]، واسْتيفاءُ القِصاصِ من الجَانِي في نفسٍ أو عُضوٍ، وإنْفاذُ العُقُوباتِ[4].

= فمن غلب فيه الشائبة الأولى كمالك ومن وافقه، قالوا: لا تجوز النيابة فيه، ومن غلب فيه الشائبة الثانية، قال: تجوز. قال القرافي: والشائبة الأولى أقوى وأظهر، وبه يظهر رجحان مذهب مالك رَحِمَهُ اللَّهُ على غيره. والله سبحانه أعلم.

(١) فيجوز للرجل أن يوكل من يعقد نكاحه نيابة عنه، وكذلك الولي له أن يوكل من يعقد لموليته نيابة عنه، فإذا وكلا كلاهما رجلاً واحداً ـ ويستحب ذلك لهما إن كان من أهل العلم والفضل ـ فإنه يتولى العقد من طرفيه.

وأما المرأة فليس لها أن توكل في نكاحها؛ لأنها لا تملك أن تباشره بنفسها، وإنما ذلك لوليها. وإنما لها أن تأذن لوليها إذا وجدت كفئاً أن ينكحها منه؛ لأن ذلك من حقها عليه.

(٢) ومثل ذلك أيضاً ما يعقده المحجور عليه لسفه أو صغر، فإنه موقوف على إجازة وليه، فله إجازته وفسخه، فإن اختار الفسخ جاز له أن يوكل فيه.

(٣) أما الحوالات؛ فصورة التوكيل فيها: أن تكون مديناً بدين لرجل، فتوكل من يحيله بمثل ذلك الدين على مدين لك.

وأما الإبراء من الديون والحقوق؛ فهو جائز وإن كان الحق مجهولاً للذي هو له والذي هو عليه؛ لأنه إسقاط وتفريغ لذمة المدين، فلا تضر فيه الجهالة مطلقاً. وإذا جاز مع جهالة الأصيل، جاز مع جهالة الوكيل، كما لو قال له: وكلتك أن تبرئ فلاناً مما لي عليه من الحق.

(٤) كالحدود والتعازير الموكولة إلى الحاكم، فإن له أن يوكل في =

ولا يجُوزُ التَّوكيلُ في الصَّلاةِ والصِّيامِ، في فرْضٍ ولا نفْلٍ[(١)]، وأمَّا الزَّكاةُ وما جَرَى مَجرَاها من الصَّدَقاتِ والمنذُوراتِ

= تنفيذها؛ بدليل قصة الشاب الذي زنى بامرأة كان عسيفاً لزوجها، فإن رسول الله ﷺ أمر رجلاً يقال له: أُنيس، أن يرجمها إذا اعترفت بالزنى. فقال: **«وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا»**. قال: فغدا عليها فاعترفت، فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت. أخرجه الشيخان عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني. وأخرجه مالك في «الموطأ» مختصراً. **العسيف**: الأجير.

(١) وكذا سائر العبادات البدنية من الذكر وتلاوة القرآن والاعتكاف، فإن المقصود منها تحقيق العبودية في النفس، فكانت مطلوبة على سبيل الأعيان، فلا تجوز فيها النيابة ولا الاستنابة، كما سبق في كلام القرافي.

● **تنبيه:**

النيابة على فعل الصلاة غير جائزة كما ذكر، أما النيابة في الإمامة فيها، فإن لمن كان متعيناً لها في مسجد من المساجد، أن يوكل من ينوب عنه في ذلك، إلَّا أن يكون مشروطاً في تعيينه للوظيفة أن لا يوكل أحداً من غير عذر. فإن كان للمسجد وقف يتقاضى منه الإمام راتباً على وظيفته، وشرط الواقف منع النيابة، فخالف شرطه لم يستحق من الراتب شيئاً لتركه له بالمخالفة، ولا يعطى للذي ناب عنه؛ لأنه غير مستحق أصلاً. فإن لم يشترط الواقف منع النيابة، لم يسقط راتب الإمام بالاستنابة، وله أن يتقاسمه مع النائب على ما يتراضيان عليه، سواء كانت الاستنابة لعذر كمرض أو سفر، أم لا.

وكذلك الحكم في المؤذنين ومعلمي العلم في المدارس الشرعية. قال الشيخ الشيباني رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «تبيين المسالك»: وإذا كان العمل لا يقبل النيابة، أو لا تسمح السلطة فيه بالنيابة ـ كما هو الواقع في أكثر الوظائف الحكومية ـ فإن تخلف الموظف عنه بلا عذر شرعي يعتبر ممنوعاً، وعندئذ لا يحل للموظف أخذ مرتب ما غاب فيه؛ لأن الأجرة لا تستحق إلَّا بالعمل. اهـ.

والكفَّاراتِ، فيجُوزُ تَوكيلُ من يُخرجُها من مالِ المُوَكِّلِ، ويُفرِّقُها على أهلِها والمستحقِّينَ لها، كالتَّوْكيلِ بذبْحِ الأضَاحِي وهدايَا النُّسُكيْنِ. وأمَّا الحَجُّ، فقدْ سبَقَ في بابِه أنَّ الاستنابةَ لا تصِحُّ في فرضِهِ إلَّا على سَبيلِ الوصِيّةِ[1].

ولا تصِحُّ في الأَيْمانِ وما يجرِي مَجرَاها من الشَّهاداتِ[2]،

---

(١) ومعنى ذلك: أن الاستنابة في حج الفرض لا تصح ما دام الإنسان حيّاً، سواء كان عاجزاً بنفسه أو قادراً. فإن أوصى به صحت الوصية، ونفذت من الثلث فقط، كالوصية بالهبة والصدقة والوقف؛ لأنه إذا مات ولم يحج، سقط تكليفه بالفرض في بدنه، ولم يتعلق في ماله؛ لأنه عبادة بدنية، فلا يكون ديناً في تركته. وإذا كان الحج تطوعاً، جازت الاستنابة فيه، على سبيل الوِكالة حال الحياة، وعلى سبيل الوصية بعد الممات.

(٢) فمن لزمته يَمِين في مجلس الحكم، كيَمِين المدعي مع شاهده في حق مالي، ويَمِين المدعى عليه عند إنكاره مع فقد البينة، وأيمان اللعان والقسامة، لم يصح أن يوكل من يحلف عنه فيها؛ لأنها ترجع إلى تبين صدق من لزمته من كذبه، فكانت متعينة فيه، ليستوجب بها حقّاً له على خصمه، أو يدفع بها قوله، فلم تكن محلّاً للنيابة، كالنذور والعبادات البدنية.

وكذلك الشهادة لا تدخلها النيابة؛ لأنها إخبار عن علم الشاهد الحاصل بما رآه أو سمعه؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا شَهِدْنَآ إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا﴾ [يوسف: ٨١]. وذلك لا يكون من الوكيل كما يكون من الأصيل.

وأما التوكيل بالإقرار، فإن كان تابعاً للوِكالة بالخصومة، فإن للوكيل أن يقر عن موكله بما أذن له أن يقر فيه. وأما التوكيل به على الاستقلال، كمن يقول لصاحبه: أقر عني لفلان بألف دينار ديناً من قرض أو ثمن بيع، أو نحو ذلك، فهو إقرار من الموكل، فللوكيل أن يكون شاهداً عليه بذلك. وله أن يقر عنه أمام شاهدين بالألف ليثبت عليه الإقرار. والله أعلم.

ولا في المعاصِي كالظِّهارِ والقتْلِ والغصْبِ والسَّرقةِ[١].

فَصْلٌ
في التفويض والتخصيص في الوِكالة

والوَكالةُ بالنَّظرِ إلى موضُوعِها الذي تتعلَّقُ فيه، على نوْعيْنِ: عامَّةٌ وخاصَّةٌ. فأمَّا الوَكالةُ العامَّةُ، فوَكالةُ التَّفويضِ[٢]، وأمَّا الخاصَّةُ فوَكالةٌ في شَيْءٍ مُعَيَّنٍ بخصُوصِهِ، من عقْدٍ أو فَسْخٍ أو قَضاءٍ أو اقْتضاءٍ، ونحوِ ذلك.

فإن أطلَقَها المُوكِّلُ كقولِهِ: أنتَ وَكِيلِي، أو وكَّلْتُكَ، ولم يذْكُرْ

(١) لأنها باطل وظلم، وأحكامها تلزم متعاطيها، والوكالة لا تجوز إلَّا في حق مشروع. فمن أمر غيره بضرب شخص بغير حق، أو قتله، أو سرقة ماله أو غصبه، فهو ظالم في أمره، وإذا أطاعه المأمور استوجب الإثم؛ لأن الطاعة في الأمر بالمعصية لا تجوز، ولزمه حكم الفعل من قصاص أو حد أو تعزير.

ومما يجري هذا المجرى ما ذكره القاضي عبد الوهاب في «الإشراف»، أنه يجيء على قياس المذهب، بطلان الوكالة إذا وكله أن يبيع سلعته بيعاً فاسداً؛ باشتماله على ربا أو غرر أو خمر أو خنزير، فلا يملك أن يبيعها بيعاً فاسداً بحكم الشرع، ولا صحيحاً لما فيه من مخالفة أمر الموكل.

(٢) فإذا قال له: وكلتك في جميع أموري، أو في كل شيء، أو بما أتولاه بنفسي من قليل أو كثير، فهو وكيل مفوض، ينفذ تصرفه في جميع الأشياء التي تقبل النيابة، بشرط أن يكون فيما يفعله مصلحة لموكله، فإذا لم يكن فيه مصلحة كأن يبيع أملاكه لغير حاجة، فلا ينفذ؛ لأنه معزول عن فعله بحكم العرف.

شيْئاً من مُتعلَّقَاتِها، فهي باطلِةٌ في أحدِ القوْلَين في المذْهبِ[(١)].

فَصْلٌ
في حكم الوكالة

إذا انعقدتِ الوَكالةُ صحيحةً، اقتضتْ ثلاثةَ أحْكامٍ على الجُمْلةِ؛ **أحدُها**: في صفةِ العقْدِ، **والثَّاني**: في أمَانةِ الوَكيلِ فيما بينَهُ وبينَ مُوَكِّلِهِ، **والثَّالثُ**: في ما ينفذُ من تصرُّفاتِ الوَكيلِ وأفعالِهِ، وما لا ينْفذُ.

أمَّا صفةُ العَقْدِ؛ فإن الوَكالةَ من العُقُودِ الجائزةِ التي لا تلْزَمُ العاقدَيْنِ، فللمُوكِّلِ عزْلُ الوَكيلِ دونَ رِضاهُ، بل دونَ حُضُورِه كالطَّلاقِ، وللوَكيلِ عزْلُ نفسِهِ كذلك في حُضُورِ مُوَكِّلِه وغَيْبَتِهِ[(٢)].

---

(١) وهو قول ابن بشير، واقتصر عليه الشيخان ابن الحاجب وخليل، مما يدل على أنهما رجحاه، وقال ابن يونس: تصح وتعم. ووافقه ابن رشد في «المقدمات».

وجه الأول: أنه لما أطلق في الوِكالة، مع جريانها في الأصل على التقييد والتخصيص، فقد أفرغ كلامه من الفائدة، فصار لغواً لا حكم له.

ووجه الثاني: أن الإطلاق عن المتعلقات يقتضي العموم فيها، كما لو قال: اشهدوا أن فلاناً وصيي، فهو وصي في جميع الأشياء، وفي إنكاح صغار بنيه ومن بلغ من أبكار بناته بإذنهن، والثيب بأمرها.

(٢) وهذا في غير وكيل الخصومة، أما هو فلا يجوز له الترك إذا شرع في الخصام في مجلس الحكم، كما سيأتي. وقال ابن فرحون في «التبصرة»: ويجوز للوكيل في غير الخصام أن يعزل نفسه متى شاء من غير اعتبار رضا =

وأمَّا أمَانةُ الوَكيلِ؛ فسيأتِي حُكمُها على التَّفصيلِ.

وأمَّا نفوذُ تصرُّفاتِ الوَكيلِ؛ فضابطُه: أن كُلَّ ما وافقَ شَرْطَ المُوكِّلِ، أو وافقَ العُرْفَ حيثُ سكتَ عن الاشْتراطِ، فهو نافِذٌ لازِمٌ للمُوكِّلِ، وكُلُّ ما خالفَ شَرْطَهُ أو خالفَ العُرْفَ حيثُ لا شَرْطَ، فهو موقُوفٌ على إجازةِ المُوكِّلِ، إلَّا أن يُخالفَ حُكمَ الشَّرْعِ فيَبْطُلُ، على ما يَأْتِي من التَّفصيلِ.

فَصْلٌ

في التوكيل على الخصومة

ويصِحُّ التَّوكيلُ في المُطالبةِ بالحُقُوقِ، وإثْبَاتِها لدى الحاكِمِ، والخُصُومةِ فيها في الإقْرارِ والإنكارِ، إذا كان ذلك قبْلَ أن يَشْرَعَ الخَصْمُ فيها[1]. ولا تفتقِرُ إلى ضرورةٍ من غيابِ المُوكِّلِ عن البلدِ أو

= موكله، إلَّا أن يتعلق به حق لأحد، ويكون في عزل نفسه إبطال لذلك الحق، فلا يكون له ذلك؛ لأنه قد تبرع بمنافعه. اهـ.

(١) أما إذا شرع في المخاصمة في مجلس الحكم، فليس له أن يوكل فيها، إلَّا أن يخاف من خصمه استطالة عليه بسبٍّ ونحوه، فيجوز. قال ابن عبد البر في «الكافي»: وإذا شرع المتخاصمان في المناظرة بين يدي الحاكم، لم يكن لأحدهما أن يوكل؛ لأنه عند مالك ضرب من اللدد، إلَّا أن يخاف من خصمه استطالة بسبٍّ أو نحوه، فيجوز له حينئذ أن يوكل من يناظره عنه. اهـ.

• فرع:

من المعلوم أن الوكيل يقوم مقام موكله؛ لأنه نائبه وفرعه، فلا يجوز له دعوى لا تجوز لأصله، فلا يدعي إلَّا ما يعلمه أو يظنه حقّاً، ولا تجوز الوكالة بدعوى الباطل ولا المجادلة عنه؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا﴾ [النساء: ١٠٥]. قال ابن العربي: وفي ذلك دليل على أن النيابة عن =

مَرَضِهِ، أو كونِهِ امْرَأَةً شابَّةً لا تحضُرُ مجالسَ الحُكْمِ، كما لا تفتقِرُ إلى رِضا الخَصْمِ المُوكَّلِ عليه(١)، وكذلك لا يُشترَطُ حُضُورُه عند إثباتِها في مجْلسِ الحُكْمِ.

ولا يمْلِكُ وَكيلُ الخُصومَةِ أن يُقِرَّ على مُوَكِّلِهِ، أو يُصالِحَ عنه أو يُبرئَ خَصْمَهُ، إلَّا أن يأذنَ لَهُ(٢). وإذا شرَعَ في الخُصُومَةِ، فليسَ

= المبطل والمتهم في الخصومة لا تجوز، بدليل قوله تعالى لرسوله ﷺ: ﴿وَٱسْتَغْفِرِ ٱللَّهَ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾ [النساء: ١٠٦].اهـ. وقد مضى طرف من هذا المعنى في باب الجعالة.

(١) لأنه حق تجوز النيابة فيه، فكان لصاحبه فعله في حال تمكنه من حضور مجلس الحكم، كحال عدم التمكن لعذر طبعي كمرض أو سفر، أو شرعي كالمرأة الشابة التي تصان عن مجالس الحكم. وله فعله في حال كراهة خصمه، كحال رضاه. ولأنه إجماع الصحابة، فقد روى ابن أبي شيبة عن عبد الله بن جعفر، أنه كان يحدث أن علياً كان لا يحضر الخصومة، وكان يقول: إن لها قُحَماً يحضرها الشيطان، فجعل خصومته إلى عقيل، فلما كبر ورَقَّ حَوَّلها إليَّ، فكان علي يقول: ما قُضي لوكيلي فلِي، وما قُضي على وكيلي فعليَّ.اهـ. **قُحَماً**: مهالك. ووكالته لعقيل كانت إما لدى أبي بكر، وإما لدى عمر، ووكالته لعبد الله كانت لدى عثمان، ﵃ أجمعين. ولم ينقل عن أحد منهم إنكارها ولا ردها، فدل ذلك على إجماعهم على جوازها.

واستثنى علماؤنا من عموم ما تقدم، من بينه وبين الخصم الموكل عليه عداوة لأسباب شخصية أو اختلاف في الدين، فلا يجوز للخصم توكيله عليه؛ لما فيه من اللَّدَد والعنت وزيادة الشر. وكذلك لا يجوز أن يوكل أكثر من واحد إلَّا برضا الخصم.

(٢) أما الإبراء والمصالحة، فقد حكى ابن قدامة عدم الخلاف فيه بين أهل العلم، ولأن الإذن في الخصومة لا يقتضي شيئاً من ذلك. وأما الإقرار فلأنه معنى يقطع الخصومة وينافيها، فلا يملكه الوكيل على موكله، كالإبراء.

للأَصيلِ أن يَعزِلَهُ، ولا له هو أن يعْزِلَ نفسَهُ حتَّى تنفَصِلَ الخُصُومةُ بصُدُورِ الحُكْمِ(١).

فَصْلٌ
في التوكيل في البيع والشراء

إذا أَطْلقَ المُوكِّلُ في التَّوكيلِ بالبَيْعِ، اقتضَى ذلك ما يُوجبُه العُرْفُ من صفتِهِ، فليس للوَكيلِ أن يَبيعَ بِعَرْضٍ ولا بدونِ ثَمَنِ المِثْلِ، ولا بِنَسيئَةٍ، ولا بغيرِ نَقْدِ البَلَدِ(٢).

وله أن يَتَولَّى ما هو من توابعِ البَيْعِ وحقُوقِهِ، كمُطالبَةِ المُشترِي بالثَّمَنِ، وقبْضِه منه(٣)، وليس له أن يُسلِّمَ له المَبيعَ قبلَ أن يَستوفِيَ

---

(١) لأنه إذا شرع في الخصام لدى الحاكم، فقد تعلق حق الغير بوكالته، فلم يجز له أن يبطله عليه بفسخها. قال ابن فرحون في «التبصرة»: للموكل عزل الوكيل ما لم يُناشِبِ الخصومةَ، فإن كان الوكيل قد نازع خصمه وجالسه عند الحاكم ثلاث مرات فأكثر، لم يكن له عزله إلَّا أن يظهر منه غش أو تدخيل في خصومته، وميل مع المخاصِم له، فله عزله، وكذلك لو وكله بأجر فظهر غشه كان عيباً، وله أن يفسخ الوِكالة. اهـ.

(٢) وذلك أن ألفاظ المتعاقدين إذا أطلقت، حملت على ما جرى به العرف عندهم، والعرف جارٍ بين الناس في بيوعهم أنهم يتبايعون بالنقود دون العروض، وبنقد البلد دون غيره، وبما لا يقل عن ثمن المثل، وبالأثمان الحالة دون المؤجلة. فإذا قال الموكل لوكيله: بع سيارتي هذه، أو داري الفلانية، ولم يبين له كيف يبيعها، حمل على ما ذكر.

(٣) إلَّا أن يكون العرف جارياً في سلعة من السلع، أن لا يتولى الوكلاء قبض أثمانها، فلا يملك القبض إلَّا بإذن صريح من الموكل. ولا يبرأ المشتري منه بدفعه إلى الوكيل.

منه الثَّمَنَ(١).

وإذا وُكِّلَ بالشِّراءِ، فلهُ قبْضُ المَبيعِ، والرَّدُّ بالعيْبِ. وللبائِعِ والمُشْتَرِي مُطالبتُه بالثَّمَنِ والمُثْمَنِ، كمُطالبَةِ الأَصيلِ بذلكَ(٢).

وإذا أعطاهُ دنَانيرَ ليَشتريَ له بها سِلْعةً سمَّاها، فصرَفَها دراهِمَ، ثُمَّ اشْتَرَاها بها، فالمُوَكِّلُ بالخِيَارِ بيْنَ إمْضاءِ الشِّراءِ ورَدِّهِ، إلَّا في السَّلَمِ، فإنه لا يَمْلكُ أن يُمضيَهُ(٣). فإن كان تعامُلُ النَّاسِ في مِثْلِ ما

= ولا يشبه الصداقُ الثمنَ في هذا الحكم، فإن الوكيل بالنكاح ليس له أن يقبض الصدق إلَّا أن يأذن له الولي؛ لجواز أن ينعقد النكاح من غير ذكر الصداق، كما في نكاح التفويض.

(١) لأنه وكيل للبائع في قبض المبيع، والمشتري لا يستحق على البائع أن يقبضه المبيع حتى يقبضه الثمن، بمنزلة المدين الراهن، فإنه لا يستحق فكاك الرهن على الدائن المرتهن حتى يقضيه الدين. والمبيع يكون قبل قبضه بمنزلة المرهون في ثمنه.

(٢) إلَّا أن يصرح الوكيل للعاقد بالبراءة من أداء الثمن والمثمون، فإنه يبرأ، وكذلك إذا بين أنه رسول، كما لو قال: بعثني إليك فلان لتبيعه كذا، أما لو قال: بعثني لأشتري له منك فهو وكيل.

(٣) لأن عقد السلم من عقود المداينات، وإذا أجازه الموكل بعد أن صار له الخيار في فسخه، كان ذلك من وجه فسخ الدين في الدين.

وأوضح هذه المسألة بمثال:

إذا أعطاه مئة ألف دينار ليشتري له بها سيارة وصفها له، فصرفها إلى ما يعادلها من عملة أخرى، ثم اشترى له بها السيارة، لم تلزم الموكل ولو كانت على صفة ما أمره؛ لأن الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قِبَل الموكِّل، فلا يملك إلا قدر ما أفاده، وهو لما صرف الدنانير التي أعطاها إياه من غير إذن الموكل، كان متعدياً خارجاً عما يملك بالتوكيل، فلزمه ضمانها في ذمته، =

وُكِّلَ في شرائِهِ، جارِياً على صَرْفِ الدَّنانيرِ إلى دراهِمَ قَبْلَ الشِّراءِ، أو كان في شِرائِه غِبْطَةٌ ظاهِرَةٌ للمُوَكِّلِ، لَزِمَه قَبُولُهُ[1].

= وتكون السيارة التي اشتراها لازمة له لا لموكله؛ لأنه اشتراها بماله، فإن رضيها الموكل كان ذلك شراء مبتدأ لها من الوكيل، بالدنانير التي في ذمته، وهو من فسخ الدين في سلعة معينة، فيجوز إذا تنجز قبضها.

وإذا كانت السيارة التي اشتراها الوكيل، غير معينة ولا مقبوضة في الحال، بل موصوفة في ذمة البائع إلى أجل مسمى، على نحو ما يتم في بعض بياعات وكالات الشركات، فرضيها الموكل، كان ذلك شراءً منه للسيارة وهي لا تزال ديناً ثابتاً للوكيل في ذمة البائع، بما للموكل في ذمة الوكيل، وهذا من فسخ الدين في دين آخر، فلم يجز. أما إذا رضيها بعد قبض الوكيل لها من البائع، فهو جائز إذا تعجل قبضها منه؛ لأنها صارت معينة، وفسخ الدين في سلعة معينة جائز إذا لم يتأخر قبضها.

(١) وذلك مثل أن يكون الشأنُ في مثال السيارة السابق، أن لا تباع بالدنانير بل بالعملة التي صرفها إليها، أو أن بيعها بها أسهل في التعامل، أو لأن صرفها أنفع له، فذلك جائز ولازم للموكل؛ لأنه لم يخرج عن كونه تصرَّفَ وفق ما جرى به العرف، أو بما فيه تحصيل مقصود آمره مع زيادة نفع، ولم يوجد من الآمر أمر بخلافه، فكان جائزاً عليه لازماً له.

وفي هذا المعنى قال في ترجمة تعدي الوكيل من كتاب السلم الثاني من «المدونة»: وإن دفعتَ إليه دنانيرَ يُسلِمها لك في طعام، فلم يُسلِمها حتى صرفَها دراهمَ، فإن كان هو الشأنَ في تلك السلعة ـ لأنه يُسلِم ثُلثَ دينار دراهمَ، ونصفاً ونحوه ـ أو كان ذلك نظراً ـ لأن الدراهمَ فيما يُسلِم فيه أفْضَلُ ـ فذلك جائز، وإلا كان متعدياً، وضمن الدنانير، ولزمه الطعامُ. اهـ. من «تهذيب البراذعي».

وقوله: **لأنه يسلم ثلث دينار... إلخ**. معناه على ما يفهم من «المدونة» الأم، أنه قد لا يجد مبلغ الطعام كله مجتمعاً عند واحد، فيفرق عقد السلم على =

وليس للوَكيلِ بالشِّراءِ أن يَشترِيَ ما لا يَليقُ بالمُوكِّلِ في قولِ ابنِ القاسِمِ، ولا أن يَشترِيَ غيرَ ما سَمَّى لَهُ، ولا بأكْثَرَ مما سَمَّى من الثَّمَنِ، ولَا بأَكْثَرَ من ثَمَنِ المِثْلِ إذا لم يُسَمِّ شَيْئاً، إلَّا أن يَكونَ شَيْئاً يَسيراً(١). وفي البَيْعِ ليس له أن يَبيعَ بأقَلَّ من الثَّمَنِ المُسَمَّى،

= جماعة، فيسلم لهذا ثلث دينار في بعضه، ولهذا نصف دينار في بعضه، وهكذا حتى يجتمع له المبلغ المأمور بالسلم فيه. ولا يخفى أنه إذا دفع الأثمان أجزاء دنانير أنه يدفعها دراهم؛ إذ لم يعرف في تاريخ التعامل بالذهب والفضة، نقود من كسور الدنانير.

وقوله: **أو كان ذلك نظراً.** معناه: رعياً لمصلحة الآمر ورفقاً به. وهو مصطلح فقهي، شائع في أبواب الوكلاء والأوصياء، كقول ابن بشير في كتاب الوكالة من «التنبيه»: إن قال: وكلتك بما لي من قليل أو كثير، شملتْ يدُ الوكيل جميعَ الأشياء، ومضى فعلُه فيما إذا كان نظراً، وما ليس بنظرٍ هو معزول عنه عادة، إلا أن يقول: افعل ما شئت، ولو كان غيرَ نظرٍ.

والشافعية يعبرون عن هذا المعنى بلفظ «غبطة»، كقول المزني في «مختصره»: وَلِولي اليتيمِ وأبي الصبيِّ، أن يأخُذَا بالشفعةِ لمن يَليانِ، إذا كانتْ غبطةً.

والعناية بالمصطلحات الفقهية وفهمها على وجهها، من أولى ما ينبغي أن يتنبه له طلاب العلم. والله أعلم.

(١) كاثنين في الأربعين، أو خمسة في المئة، فيلزم الموكِّلَ الشراءُ ودفعُ الزيادة؛ لأن مقصوده يتعلق بتحصيل السلعة التي وكله بشرائها، وقد حصل مع زيادة يتغابن الناس في مثلها، فوجب أن تلزمه السلعة والزيادة، كما لو اطلع على عيب يسير لا ترد به. ولأنه قد لا يجد ما أمره بشرائه على الصفة التي أمره بها، إلَّا بذلك الثمن الزائد قليلاً على ما سماه.

ولأنه إذا قال له: اشترِ لي شاة بأربعين درهماً، فُهم من كلامه بدلالة العادة، أنه أراد ما قيمته أربعون، ولا يخفى أن المقومين يختلفون في ذلك =

ولا من ثَمَنِ المِثْلِ حيثُ لم يُسَمِّ شَيْئاً[(١)].

وإذا وَكَّلَهُ ببَيْعِ سلْعَةٍ، فليس له أن يَشْتَرِيَها لنفسِهِ أو محْجُورِه من سفِيهٍ أو صَغيرٍ، ولو سَمَّى له الثَّمَنَ[(٢)]، فإن فعلَ كان المُوَكِّلُ بالخِيَارِ بينَ الإجازَةِ والرَّدِّ.

= بالشيء اليسير زيادة ونقصاً، فدل ذلك على أن الثمن المسمى غير مقصود بذاته بل بما يقاربه. ويلزم من هذا الاستدلال أنه لو أمره ببيع شاة بأربعين، فباعها بأقل من ذلك بيسير، لزم البيعُ الآمر أيضاً، ولا أعلم فيه نصّاً صريحاً.

إذا ثبت هذا، فإن خالف ثبت لموكله عليه الخيار، فإن اختار الإجازة لزمه الثمن الذي اشترى به وكيله، وليس له أن يرجع عليه بالزيادة على ثمن المثل، وإن اختار الرد لزمت السلعة الوكيل، وليس له أن يردها على البائع، إلَّا أن يكون عالماً بالوكالة عالماً بالمخالفة.

وإذا أعطاه مئة ليشتري له بها شاة، فاشتراها بثمانين فليس له أن يأخذ العشرين لنفسه، ولو كان ثمنها في السوق يساوي مئة؛ لأنه لم يكن أجيراً فيستحقها بالإجارة، بل ولو كان أجيراً لم يستحقَّها؛ لأن الأجرة لا يصح أن تكون مجهولة فيما لو قال له: اشترها بمئة فإن وجدتها بأقل، فما بقي بعد ثمنها من المئة فهو لك. وكذلك إذا أعطاه مئة ليشتري له بها شاة على صفة عيَّنها، فاشترى بها شاتين على صفة ما أمره، فهما للموكل إن اشتراهما صفقة واحدة كما في حديث عروة البارقي. فإن اشترى شاة بخمسين وأخرى بخمسين مثلها، فللموكل أن يأخذ إحداهما ويغرمه الخمسين التي اشترى بها الشاة الأخرى.

(١) وإذا قال له: بعها بمئة، فباعها بمئة وخمسين فالزيادة للموكل وليست للوكيل؛ لأنها جزء الثمن الذي هو عوض سلعته.

(٢) لاحتمال رغبة المساومين في تلك السلعة بأكثر مما سمى ربها من الثمن، فإن انتهت الرغبات إلى دون الثمن الذي سمَّاه، جاز له أن يشتريها لنفسه؛ لعدم الضرر على الموكل. وكذلك يجوز له إذا أذن له ربها ابتداء أو اشتراها بحضرته.

فَصْلٌ
في التوكيل في السلم والبيع نقداً ونسيئة

إذا وَكَّلَهُ أن يُسْلِمَ دنانِيرَ في طعامٍ أو عَرْضٍ أو شَيْءٍ من الأَمْوالِ سمَّاهُ، فأسْلَمَها في غيرِه، فإن كان قدْ دفَعَ له الدَّنانِيرَ، فليس له أن يرْضَى بالذي أسْلَمَها فيه[١]، إلَّا أن يَعْلَمَ المُوَكِّلُ بالمُخَالفةِ بعْدَ قبْضِ المُسْلَمِ فيه، فلَهُ الرِّضا إذْ ذاكَ.

وإذا وَكَّلَهُ أن يَبيعَ سِلْعةً له نقْداً، فباعَها نَسِيئةً، ففيه تفْصيلٌ في الحُكْمِ؛ فإن كانتِ السِّلْعةُ قائِمةً لم تتغَيَّرْ في يدِ المُشترِي[٢]، فللمُوَكِّلِ أن يفْسَخَ البَيْعَ ويرُدَّها لمِلْكِه، أو يُجيزَهُ بالثَّمَنِ المُؤَجَّلِ، كابتداءِ البَيْعِ فيها. وإن فاتَتْ في يدِهِ، فليس للمُوَكِّلِ أن يرْضَى بالبَيْعِ[٣]، ثُمَّ لا يخلُو ربُّ السِّلْعةِ أن يكونَ سمَّى للوَكيلِ ثَمَناً يَبيعُها

(١) لأن الوكيل صار بالمخالفة مشترياً لنفسه، فيكون دائناً للبائع بالمسلم فيه، ومديناً للموكل بمثل الدنانير التي قبضها منه ودفعها للبائع، فإذا رضي الموكل الصفقة، فقد رضي بفسخ دينه الذي له على الوكيل في دين السلم. فإذا دفع الوكيل الدنانير من عنده، فللموكل أن يرضى بالمسلم فيه؛ لأن رضاه يعدُّ شراء مستقلاً لدين السلم من الوكيل، وهو جائز إلَّا في الطعام؛ لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه.

(٢) والتغير أعم من أن يكون بالزيادة والنقص في الذات، كالسمن والهزال في الحيوان، فيشمل التغير الحكمي بغلاء السلعة ورخصها في أسواق مثلها، وبنقل ملكيتها إلى الغير بعوض أو تبرع، وبتعليق حق بها كرهنها في دين.

(٣) لما في ذلك من فسخ الدين في الدين؛ يوضحه: أن السلعة لما فاتت في يد المشتري، فقد لزمت الوكيل بالثمن الذي باعها به ديناً مؤجلاً في =

به، أو سكتَ عن ذلك. فإن كان سَمَّى له ثَمَناً مِئَةً مَثَلاً، وجبَ عليه للمُوكِّلِ غُرْمُ مِئَةٍ مِثْلِها حالَّةً، وإن لم يَكُنْ سَمَّى شَيْئاً من الأَثْمانِ، ضمِنَ له قِيمةَ السِّلعةِ.

وإذا وَكَّلَهُ بِبَيْعِ سِلْعَتِهِ نَسيئَةً، وسمَّى له الثَّمَنَ، فباعَها به نقْداً، لزِمَ المُوكِّلَ قَبُولُ البَيْعِ.

فَصْلٌ
في أمانة الوكيل فيما بينه وبين موكِّله

والوَكيلُ أَمينٌ فيما بينَهُ وبينَ مُوكِّلِه، لا فرْقَ في ذلك بينَ أن تَكونَ الوَكالةُ بِعِوَضٍ أو بغيرِه، فيُقبَلُ قوْلُه في دعْوَى التَّلَفِ والدَّفْعِ للمُوكِّلِ[1]، من غيرِ يَمِين تلزَمُهُ، إلَّا أن يكونَ مُتَّهماً كالوَدِيعِ.

وإن وُكِّلَ بشِراءِ سِلْعةٍ وقَبَضَ الثَّمَنَ من المُوكِّلِ، ثُمَّ ادَّعى تلفَهُ أو ضياعَهُ، صُدِّقَ كالوَدِيعِ والشَّريكِ والوَصِيِّ، ولزِمَ المُوكِّلَ ضَمانُهُ للبائِعِ. ولو دفَعَهُ إليه ثانيةً، فادَّعى فيه ما ادَّعى فيما قبْلُهُ صُدِّقَ كذلك، إلَّا أن يَكونَ دفَعَهُ إليهِ قبْلَ الشِّراءِ، فلا يَكونُ عليه أن يضْمنَهُ ثانِيةً[2].

= ذمة المشتري، ولزمه ضمان القيمة لربها ديناً حالاً في ذمته، فإذا رضي ربها بالبيع كان ذلك فسخاً لما وجب له من قيمتها في ذمة الوكيل، في ما وجب للوكيل من ثمنها في ذمة المشتري. وحيث سمى ثمناً يبيعها به، وجب على الوكيل غرم الثمن دون القيمة؛ لأنه لما سمى ثمناً فقد رضي أن تباع بمثله.

(١) وكذلك يقبل قوله في دعوى التصرف على الوجه الذي أمره به، إذا ادعى الموكل خلافه.

(٢) والفرق بينهما: أنه في حالة الشراء قبل قبض الوكيل الثمن من =

فَصْلٌ
في ضمان الوكيل فيما بينه وبين من وُكِّل عليه

والوَكيلُ ضامِنٌ فيما بينَهُ وبينَ من وُكِّلَ عليه من غَريم أو بائعٍ أو مُشترٍ، فلا يَبْرَأُ في الدَّفعِ إليهِ إلَّا بِبَيِّنةٍ أو مُصادقَةِ المَدْفُوعِ إليهِ. ولا يَبْرَأُ الغريمُ بدفْعِ الدَّيْنِ إليه ولا إلى الأصيلِ، إلَّا أن يُصادِقَهُ أو تَشهدَ بَيِّنةٌ بالدَّفْعِ(١).

وإن أنْكرَ الوَكيلُ قَبْضَ الدَّيْنِ الذي وُكِّلَ بقبْضِهِ، ثُمَّ شهدَتْ بَيِّنةٌ

= الموكل، تكون السلعة مضمونة على الموكل بثمنها في ذمته، ولا يبرأ منه إلَّا أن يقبضه البائع منه أو من وكيله، فإذا تلف في يد الوكيل قبل القبض، فلا ضمان عليه؛ لأن يده كيد موكله. أما إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء، فإن السلعة تكون مضمونة عليه بالثمن الذي عينه، فإن تلف من يد الوكيل، لم يلزمه خَلَفُه، فإن أبى أن يخلفه لزمت السلعة الوكيل بالثمن الذي اشتراها به؛ لأن البيع لازم في الجملة، فلما سقط اللزوم عن الموكل بتلف الثمن، وجب أن يلزم الوكيل.

(١) فإذا أعطيته ديناً ووكلته بتسليمه لغريم لك، أو أمرته أن يُقبض مبيعاً من مشتريه منك، فأقبضه إياه ولم يشهد على ذلك، كان ضامناً للدين والمبيع إذا أنكر الغريم أو المشتري القبض، ولو كانت العادة جارية بين الناس بعدم الإشهاد لدى الإقباض. وإذا وكلته بقبض دين لك أو ثمن بيع، أو قبض مبيع من بائعه، فأنكر القبض، لزم الذي عليه الحق البينة أو الضمان؛ لأنه فرط إذ لم يشهد عليه حين أقبضه في زعمه، والله تعالى يقول في أولياء اليتامى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦]. فأمر بالإشهاد حين الدفع إلى اليتامى؛ لأن الولي ليس أميناً عند اليتيم، وإنما هو أمين عند من ولاه، وكذلك الذي عليه الحق ليس أميناً عند الوكيل فيبرأ، ولا عند موكله.

بثُبُوتِهِ، فاسْتشْهدَ بَيِّنةً بتلفِهِ من يَدِه، ضمِنَ ولم تنْفَعْهُ بَيِّنتُهُ[١]. ومِثْلُه من يُدَّعى عليه دَيْنٌ، فيُنكرُ أن تكونَ سبقتْ له مُدايَنَةٌ بينَهُ وبينَ الذي يَطْلُبُه، ثُمَّ تَشهدُ بَيِّنةٌ على ثُبوتِها، فيَسْتشْهدُ بَيِّنةً على قضاءِ الدَّيْنِ، لم تنْفعْهُ.

فَصْلٌ
في توكيل الجماعة

إذا وَكَّلَ شخْصَينِ، أو أَكْثَرَ، على بَيْعِ سلْعتِهِ أو قبْضِ مالِهِ أو دفْعِهِ، فإن كان وَكَّلَهُما توكيلاً واحِداً، لم يكُنْ لأحدِهما أن يقْضِيَ شَيْئاً فيما وُكِّلَ فيه إلَّا بوجُودِ الآخرِ، فإن خالفَ ضَمِنَ ما باعَ من سِلْعةٍ أو دفَعَ من مَالٍ[٢]. وإن كان وَكَّلَهُما مُتَفرِّقيْنِ على التَّرتيبِ، فلِكُلٍّ منهما أن يَتصرَّفَ على الاسْتقلالِ عن صاحِبِه، إلَّا أن يَشْترِطَ المُوَكِّلُ خلافَ ذلك[٣].

---

(١) لأنه أكذب بينته إذ أنكر القبض أولاً، فإن لم يكن أنكر القبض، وإنما أنكر أن يكون للموكل قِبَله حق، فإن هذا لا يناقض قول البينة في التلف؛ لأنه إذا قبض الدين وتلف من يده، فلا يبقى للموكل قِبَله حق يستوجبه عليه. وقد تقدم نظير هذا في باب الوديعة.

(٢) وكذا إذا وكلهما بقبض دين له، فقبضه أحدهما دون الآخر، ثم ادعى تلفه أو ضياعه، فإنه يضمنه؛ لأن الموكل لم يرضَ بأمانتهما إلَّا على الاجتماع.

(٣) قال في «الإرشاد»: وَلِكُلٍّ مِنَ الْوُكَلَاءِ الِاسْتِقْلَالُ، إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ الِاجْتِمَاعُ. اهـ. ولا فرق في ذلك بين أن يعلم أحدهما بتوكيل الآخر أو يجهله.

فإن باعَ السِّلْعةَ كُلٌّ واحدٍ منهُما، فلا يخْلُو الأَمْرُ من أن تكُونَ الصَّفْقتانِ وقَعَتا على التَّرتيبِ، أو في وقتٍ واحدٍ، أو جُهِلَ الحَالُ. ففي الأُولى تكونُ للأوَّلِ منْهما، وفي الثَّانيةِ والثَّالِثةِ يَشترِكُ المشترِيَانِ في مِلْكِها(١).

وإذا باعَها الأَصِيلُ والوَكِيلُ، فالحُكْمُ فيها كالحُكْمِ في المَرْأَةِ يُزوِّجُها وَليّانِ(٢).

فَصْلٌ

في توكيل الوكيل وانعزاله

ليس للوَكيلِ أن يُوَكِّلَ غيرَه، كالوَدِيعِ، إلَّا أن يأْذنَ له الأَصيلُ،

---

(١) أما كونها للمشتري الأول في حالة الترتيب، فواضحٌ وجهُه؛ فإن الثاني يكون قد اشتراها بعد أن صارت ملكاً لغير الموكل بموجب البيع الأول، فيقع البيع على غير مملوك للبائع. وأما تشريك المشتريين في ملكها في حالة التزامن، وكذلك في حالة جهل السابق، فلأن كل واحد منهما تعلق حقه بها بسبب صحيح ينقل الملك، على وجه التساوي في الاستحقاق، فوجب أن يشتركا فيها، كما لو اشترياها شراء مشتركاً، وكادعاء شخصين شيئاً مع انعدام ما يرجح جَنَبَة أحدهما، من بينة أو قرينة أو أصل أو عرف، أو مع تكافؤ بينتيهما. فإن كان سبق أحدهما لقبضها قبل علمه بعقد الآخر، فهي له لترجح جَنَبَته بالقبض.

(٢) فالمرأة إذا أذنت لوليين أن يزوجاها، فزوجها كل واحد منهما من رجل من غير أن يعلم الثاني بتزويج الأول، فهي للأول منهما، ويفسخ عقد الثاني إلَّا أن يكون قد دخل بها قبل العلم بعقد الأول، فتفوت به عليه، وكذلك هاهنا؛ تكون السلعة للأول من العاقدين، ما لم يقبضها الثاني قبل العلم بعقد الأول فتفوت عليه.

أو يكونَ وَكيلاً مُفوَّضاً، أو تدعُو الحاجَةُ إلى ذلك، كالاسْتعانَةِ على إنْفاذِ ما وُكِّلَ فيه لِكَثْرَتِهِ وانْتشارِه، أو يكونَ العمَلُ المُوَكَّلُ فيه مما يرتَفِعُ الوَكِيلُ عن مباشرَةِ مِثْلِهِ بنفسِهِ، كالأَعْمالِ الدَّنيةِ في حقِّ أشْرافِ النَّاسِ وذوِي الهَيْئاتِ والوَجَاهَةِ(١).

وإذا وُكِّلَ حيثُ يجوزُ له، لم يَجُزْ أن يُوَكِّلَ إلَّا أَمِيناً. ويصيرُ الثَّانِي وكيلاً للأوَّلِ وللأَصيلِ معاً(٢).

وينعزِلُ الوَكيلُ إذا ماتَ الأَصيلُ أو عَزَلَهُ، سواءٌ كان خاصّاً أو مُفوَّضاً، فما تَصَرَّفَ من تصرُّفٍ بعد العِلْمِ بالعَزْلِ، فهو مَرْدُودٌ، وما تصرَّفَهُ قبْلَ العِلْمِ ففيه قوْلانِ(٣). وكذلك في الموْتِ.

---

(١) وإنما جاز له التوكيل إذا كان كذلك من غير أن يأذن له الموكل؛ لأنه لما وكله بعد العلم من حاله أنه لا يباشر مثل العمل الذي وكل فيه لنفسه في ما جرى من عادته، فقد رضي أن ينصرف توكيله إلى ما جرت به عادة الوكيل من الاستنابة فيه.

وكذلك جاز له التوكيل في حال الكثرة والانتشار من غير إذن الأصيل؛ لأن العادة جارية بأن يستعين الإنسان بغيره في شأنه الذي يعجز عنه بنفسه، فكذلك يجوز له أن يستعين بغيره إذا كان وكيلاً في مثله، من غير أن يستأذن الأصيل.

(٢) أما أنه يصير وكيلاً للأول فواضح، وأما أنه يصير وكيلاً للأصيل، فلأنه إنما صار وكيلاً بإذنه الصريح أو الضمني. ويتفرع على هذا، أن الأصيل إذا مات انعزلا معاً؛ لأنهما فرعان له، وإذا مات الأول أو عزل، لم ينعزل الثاني؛ لأنه صار وكيلاً للأصيل، ولم يوجد منه ما يبطل الوِكالة، أما إذا عزله الوكيل الأول فإنه ينعزل بذلك؛ لأنه هو الذي وكله فله أن يعزله، كما كان له أن لا يوكله ابتداء.

(٣) وهما تأويلان لكلام ابن القاسم في كتاب الشركة من «المدونة»: =

فَصْلٌ
في التنازع في الوكالة

وإذا تصرَّفَ الرَّجُلُ في مالِ غيرِه، بالبَيعِ ونحوِه وادَّعى أن رَبَّهُ أذِنَ له في ذلك، فالقوْلُ قوْلُ ربِّ المالِ من غيرِ يَمِينٍ تلزَمُه[١]، وكذا إذا صدَّقَهُ في أصلِ الإِذْنِ وخالفَهُ في الصِّفةِ، فقالَ: وَكَّلْتُك بالبَيْعِ لا بالرَّهْنِ، أو بالبَيْعِ بالدَّنانيرِ لا بالدراهِمِ، أو نقْداً لا نسيئةً، فيُصدَّقُ عليه وتلزمُهُ اليَمِينُ.

أمَّا إذا وَكَّلَه بشِراءِ سِلْعةٍ، ودفَعَ له الثَّمَنَ، ثُمَّ ادَّعى أنه اشترى غيْرَ ما أمرَهُ به، فالقوْلُ قوْلُ الوَكيلِ مع يَمِينِه إن أتَى في قولِهِ بما يُشْبهُ[٢].

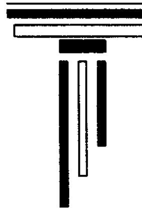
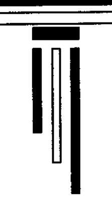
= **الأول**: مردود كتصرفه بعد علمه. **والثاني**: صحيح كتصرفه قبل العزل.

وجه الأول: القياس على ما أجمعوا عليه، من أنه لو وكله ببيع شيء، ثم باعه الموكل؛ أن ذلك عزل للوكيل عن الوِكالة، وإن لم يعلم به. ولأن فسخ الوِكالة رفع عقد لا يفتقر إلى رضا من تعلق به، فلم يفتقر إلى علمه، كالطلاق والعتاق.

ووجه الثاني: أن العزل حكم جديد طارئ على الحكم الأول، فلم يثبت في حق من توجه إليه إلَّا ببلوغه، كالنسخ. وفارقَ العزلُ الطلاقَ في أن في تصرف الوكيل بعد العزل وقبل العلم، ضرراً عليه كأن يبيع شيئاً فيستهلكه المشتري، أو يشتري شيئاً ويقبضه من البائع فيضيع في يده، ويطالبه البائع بالثمن.

(١) لأن الأصل عدم الإذن وهو قد أتى بما يخالف الأصل.

(٢) وإنما يقبل قوله؛ لأن الأصل عدم المخالفة والموكل يدعي خلافه. وإنما اشترط في تصديقه أن يكون قوله موافقاً لما يشبه أن يكون من تعامل الناس؛ لأنه إذا أتى بما لا يشبه أن يكون من تعامل الناس، فذلك قرينة على كذبه، فإن معاملات الناس تجري على المتعارف بينهم في الغالب الأعم. والله أعلم.

بـاب الصُّلْح

الصُّلْحُ جائزٌ في الحُقُوقِ والدَّعاوَى، وفي الأَعْيانِ والدُّيونِ، في حالِ الإِقْرارِ والإنْكارِ(١). وهو إمَّا مُعاوَضَةٌ، وإمَّا تبرُّعٌ بالهِبَةِ أو

---

(١) ودل على مشروعية أصل الصُّلْح الكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب؛ فقوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]. فأخبر عن الصلح بأنه خير، والخير مندوب إليه بقوله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُواْ ٱلْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: ٧٧]، فتركب من ذلك أن الصلح في جنسه وماهيته مندوب إليه؛ لأن التعريف فيه للجنس، وهو أولى من حمله على العهد الذكري المستفاد من قوله تعالى قبله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾. قال العلامة ابن عاشور في «تفسيره»: لأنّ المقصود إثبات أنّ ماهية الصلح خير للناس، فهو تذييلٌ للأمر بالصلح والترغيب فيه، وليس المقصودُ أنّ الصلح المذكورَ آنفاً ـ وهو الخلع ـ خير من النزاع بين الزوجين. اهـ.

وقال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وذلك في الخلع وهو الطلاق على عوض تبذله الزوجة للزوج، وهو نوع من الصُّلْح.

وأما السنة؛ فما رواه أبو هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ**». أخرجه أبو داود. وفي بعض طرقه: «**إِلّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً**». وصححه ابن حبان وابن الجارود.

وأما الإجماع؛ فقد ذكر ابن قدامة أنواع الصُّلْح في الأموال وغيرها، وقال: وأجمعت الأمة على جواز الصُّلْح في هذه الأنواع التي ذكرناها.

وفي قولي: **في حال الإقرار والإنكار**، تنبيه على الخلاف في ذلك؛ فإن =

بالإِبْرَاءِ. وذلك أنّ العِوَضَ المُصالَحَ بهِ؛ إمّا أن يكونَ مستقِلّاً عن المصالَحِ عنه، فهو مُعاوَضَةٌ، ثم إن كان عَيْناً فبيْعٌ، وإن كان مَنفَعةً فإِجَارَةٌ. وإمّا أن يكُونَ العِوضُ بعضَ الحَقِّ المستحَقِّ أو المُدَّعى بهِ، فيكونُ الصُّلْحُ هبةً في الباقِي أو إبْرَاءً منهُ(١).

= من أئمة العلم ـ رحمهم الله أجمعين ـ من يذهب إلى القول ببطلان الصُّلْح مع إنكار المدعي للحق المدعى به. ودليل علمائنا ومن قال بقولهم عموم قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾، وقوله ﷺ: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ**». فلم يفرق بين الحالتين. ولأن الصُّلْح مشروع في الأصل لقطع الخصومات، وإذا كان كذلك فالحاجة إليه مع الإنكار أشد من الحاجة إليه مع الإقرار. ولأن المخالف في هذا يجيز لمن ظفر بحق يجحده غريمه، أن يأخذه من غير علمه ولا رضاه، فإذا حل له كذلك، فأولى أن يحل له بعلمه ورضاه.

● **تنبيه:**

الصُّلْح في حال سكوت الخصم المدعى عليه، يلتحق بإحدى حالتي الإقرار والإنكار؛ لأن الساكت إما مقر أو منكر في الواقع، وهو في حكم المقر عند علمائنا؛ لأنه لو سكت في مجلس الحكم بعدما توجهت إليه اليمين، لعد ناكلاً فيلزمه الحق كما لو أقر به، فكذلك ههنا.

(١) ومثال ذلك: أن تصالح رجلاً عن مئة دينار دين لك عليه بثياب أو بألف درهم، أو بسكنى داره، أو بنصف الألف. **ففي الأول** هو بيع للمئة بالثياب، وهي مُعيَّنة فيصح إذا تعجلت قبضها منه، ولا يصح مع التأخير. **وفي الثاني** هو صرف لها إلى الدراهم، فلا يجوز إلا إذا كانت الدنانير ديناً حالّاً، وقبضت العوض من الدراهم في الحال؛ لحديث عبد الله بن عمر في بيع الإبل بالبقيع، المتقدم في باب البيوع المنهي عنها، وفيه: «**مَا لَمْ تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُمَا شَيْءٌ**». **وفي الثالث** هي إجَارَة ولا تجوز في هذا المثال؛ لأن المنافع دين في ذمة الأجير الذي عليه الدَّيْن، وهي تتأخر في القبض ضرورة كونها تستوفى شيئاً فشيئاً على حساب الزمن، فيكون الصُّلْح فسخاً لدين في دين. **وفي الرابع** =

فَصْلٌ
في شروط الصُّلْح على الجملة

وإذا كانَ الصُّلْحُ على صِفَةِ البيْعِ، لم يصِحَّ إلَّا على شُروطِهِ في المُصالَحِ به، من كونِهِ طاهِراً مُنْتفعاً بِهِ، مقْدُوراً على تسليمِهِ، معْلُوماً للمُتعاقديْنِ. وإذا كانَ مع ذلك من البُيوعِ الخَاصّةِ، كالصَّرفِ لم يصِحَّ إلَّا على شرْطِهِ من التّناجُزِ، وكبيْعِ الطَّعامِ، لم يصِحَّ إلّا على السّلامَةِ من بيْعِهِ بطعَامٍ نَسيئَةً، ومن بيْعِهِ قبْلَ قبْضِهِ من مُعاوَضَةٍ سابِقَةٍ، وإذا كان أحدُ العِوضيْنِ ديْناً، لم يصِحَّ إلَّا على السّلامَةِ من فسْخِ الدَّيْنِ في الدَّيْنِ.

وإذا كانَ الصُّلْحُ على صفَةِ الإجَارَةِ، لم يصِحَّ إلَّا على شرُوطِها في المنْفَعةِ، من التَّقوُّمِ والمعلومِيةِ والقُدرةِ على التّسْليمِ، مع السّلامةِ من حُرْمتِها في نفسِها وحُرْمَةِ بَذْلِها.

= هو إبْرَاء من النصف الباقي، كما حصل في قصة كعب بن مالك مع عبد الله بن أبي حدرد الآتية قريباً.

وإذا كان الحق المصالح عنه عيناً من الأعيان، كأرض أو دار، أو حيوان، أو عرض من العروض المثلية أو المقومة، وكان مُعيَّناً في يد المدعى عليه أو المستحق عليه، فإن الصُّلْح جائز سواء كان العوض عيناً أو ديناً أو منفعة، أو إسقاطاً لبعض تلك العين، وهو هبة في البعض الذي تركه المصالِح؛ لأن الإبْرَاء لا يكون في الأعيان وإنما يكون في الديون.

فالصُّلْح إذا كان على إسقاط بعض الحق، فهو دائر بين الهبة والإبْرَاء، وذلك يقتضي ـ على ما تقدم بيانه في باب الهبة ـ أن لا يصح فيهما إلا بقبول من الذي عليه الحق، وأما الحيازة المشروطة في الهبة فهي حاصلة بالقبض السابق عليها.

ولمَّا كانت المنافِعُ معدُومَةً حينَ العَقْدِ، كان لها حُكْمُ الدَّيْنِ، فإذا صالحَ بها عن حقٍّ ثابتٍ في الذِّمَّةِ لم يجُزِ الصُّلْحُ(١).

فَصْلٌ
في الصُّلْح عن الدَّيْن

والصُّلْحُ عن الدَّيْنِ إما مُعاوَضَةٌ وإما إبْرَاءٌ.

فإن كان مُعاوَضَةً جازَ على شرْطِ ما يجُوزُ بيْعُهُ به، فلا يجُوزُ بدَيْنٍ يُفسخُ فيه، سَواءٌ كان من النُّقودِ أو من العُروضِ(٢)، ولا بعيْنٍ يَتأخَّرُ قبْضُها، ولا بمنافِعَ مُعيَّنةٍ ولا مَضمونةٍ في الذِّمَّةِ، ولا بما يكُونُ صرْفاً مؤَخَّراً(٣).

---

(١) للنهي عن بيع الدين بالدين. كما لو كان له عليه ألف دينار ثمناً لمبيع أو ديناً من قرض، أو قنطار حنطة أو عشرة أثواب ديناً من قرض أو سلم، فيصالحه من ذلك على سكنى داره، أو ركوب سيارته، أو استخدام خادمه، أو استعماله في عمل من الأعمال، فإن ذلك غير جائز لما فيه من فسخ الدَّيْن في منافع وهي دين.

(٢) مثال ذلك أن تدعي على رجل مئة دينار، فيقر بها، ثم تصالحه منها على ألف درهم أو ثوب في ذمته، ففيه فسخ دين في دين، فلا يجوز لما سبق في الحديث: «**إِلَّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً**». وإذا أنكر المدعى عليه الدَّيْن، فلا يختلف الحكم على ما قال ابن القاسم في «المدونة».

(٣) كأن تصالح رجلاً عن مئة دينار مؤجلة إلى سنة، بألف درهم معجلة أو مؤجلة إلى مثل الأجل الأول، أو إلى أقرب أو أبعد؛ لأن المؤجل يقبض حكماً عند حلول أجله، فيكون في المقابلة بين الدراهم وبين الدنانير في مثل هذا الصُّلْح، صرفٌ يتأخر قبض أحدِ عوضيه أو كليهما، فلم يجز. =

وإذا كان الدَّيْنُ المصالَحُ عنه طَعاماً من مُعاوَضَةٍ، كثَمَنِ بيْعٍ أو مُسلَمٍ فيه أو أُجرةِ منافِعَ، لم تجُزِ المصالَحةُ مُطلقاً[1].

وإن كان الصُّلْحُ على الإبْرَاءِ من بعضِ الدَّيْنِ، جازَ ما لم يَكُنِ الحَطُّ في مقابِلِ التَّعجيلِ[2].

= كما لا يجوز إذا كانت الدنانير حالة وتأخر قبض الدراهم المصالح بها؛ لحديث ابن عمر في بيع الإبل بالبقيع، المتقدم في باب البيوع المنهي عنها.

(١) لما ورد من النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، وقد تقدم في باب البيوع المنهي عنها وفي باب السلم. أما إذا كان على أن يحط عنه بعضه في غير مقابل التعجيل، فلا بأس به.

(٢) كأن تصالحه عن مئة دينار مؤجلة إلى سنة، بشطرها معجلة أو مؤخرة إلى أجل دون الأجل الأول، فلا يجوز الصُّلْح لما فيه من: «**ضع وتعجل**»، فإن بقيت الخمسين المصالح بها في ذمته إلى أجلها الأول، جاز لأنه إبْرَاء في المتروك في غير مقابل.

فإن كانت المئة دينار حالة، جازت المصالحة منها على شطرها أو نحوه، قال ابن شاس: فأمَّا حيثُ جرَى الصُّلْحُ على الإسْقاطِ والإبْرَاءِ، فهو وضْعُ بعضِ الحقِّ المُدَّعى وإبْرَاءٌ منه، مِثْلُ أن يُسقطَ بعضَ الحالِّ ويأخذَ باقيَهُ. اهـ. وأخرج الشيخان عن كعب بن مالك: أنه تقاضى ابنَ أبي حدرد ديناً كان له عليه في عهد رسول الله ﷺ، في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله ﷺ وهو في بيته، فخرج إليهما رسول الله ﷺ، حتى كشف سِجْفَ حجرته، ونادى كعب بن مالك؛ قال: «**يا كَعْبُ**». قال: لبيك يا رسول الله! فأشار بيده أن «**ضَعِ الشَّطْرَ مِنْ دَيْنِكَ**». قال كعب: قد فعلتُ يا رسول الله! قال رسول الله ﷺ: «**قُمْ فَاقْضِهِ**».

وليس لرب الدَّيْن إذا أبرأ المدين من بعضه أن يرجع في ذلك؛ لأن الإبْرَاء إسقاط والساقط لا يعود، قال ابن شاس: والوضيعةُ في الصُّلْحِ لازمةٌ لا يجوزُ الرجوعُ فيها؛ لأن ذمةَ الغريم قد برئتْ منها. اهـ.

فَصْلٌ
في الصُّلْح مع الإنكار

والصُّلْحُ مع إنكارِ الحقِّ المدَّعَى به من عيْنٍ أو ديْنٍ، لا يَختلفُ في الحُكْمِ عن الصُّلْحِ مع الإقرارِ في الجُمْلةِ، إلَّا أن يكُونَ العِوضُ مُؤجَّلاً، فيكونُ فيه معْنى الانتفاعِ بالسَّلفِ، فلا يجُوزُ(١).

ومن لزِمتْهُ يَمِينٌ في الحُكمِ، لإنكارِ الحقِّ الذي يدَّعيهِ عليه خصْمُه مثَلاً، جاز لهُ أن يفتدِيَ منْها بِشَيْءٍ يَبْذلُه لصاحبِهِ(٢).

---

(١) ويبين ذلك: أنك إن ادعيت على رجل بمئة دينار، ديناً من قرض أو ثمن بيع أو أجرة، أو نحو ذلك، فأنكرها، فصالحته على نصفها، فإن الصُّلْح جائز إذا كان الدَّيْن المدعى حالّاً، أو كان مؤجلاً وتأخر قبض النصف المصالح به إلى مثل الأجل الأول، ولا يجوز إذا تعجل لما فيه من: «**ضع وتعجل**». فإن كان وضع النصف في مقابل تأجيل الحال، أو الزيادة في أجل المؤجل، لم يجز كما ذكرت في الأصل؛ لأن المدعى عليه لما أنكر الحق المدعى به قبل الصُّلْح، لم تستحق عليه شيئاً من الحق الذي تدعيه، إلا أن يَنْكُل عن اليمين التي تلزمه في مجلس الحكم. فإذا صالحته على أن تبرئه من نصف المئة التي تدعيها، وعلى أن تؤجله بنصفها الباقي أو تؤخره إلى أجل فوق الأجل الأول، فإن ذلك يعد سلفاً منك للخمسين إلى الأجل الذي اتفقتما عليه، في مقابل أن يترك اليمين التي تلزمه، فتنتفع بتركها؛ لأنه لو حلف برئ من جميع الحق الذي تدعيه، فلم يجز لكونه سلفاً جرَّ نفعاً.

وهذا قول مالك وهو الراجح في المذهب. وقال ابن القاسم وأصبغ: يجوز الصُّلْح على تأخير الدَّيْن المدعى به.

(٢) قال ابن فرحون في «التبصرة»: ويجوز الصُّلْح على الإنكار، وعلى الافتداء من اليمين، وذلك مروي عن عثمان وابن مسعود، ولا مخالف لهما، وذلك جائز في ظاهر الحكم، ولا يحل للظالم منهما أن يأخذ شيئاً. اهـ. =

فَصْلٌ
في مصالحة الظالم ونقض الصُّلْح

ومَنْ صالَحَ على مالٍ يأخُذُه، وهو يعْلَمُ أنه ظالِمٌ لصاحبِهِ فيه، فهو حرَامٌ عليه، وإن كان الصُّلْحُ صَحيحاً في ظاهِرِ الحُكْمِ(١).

وإذا أقرَّ المُدَّعى عليه بعْدَ تمامِ الصُّلْحِ، أنه كانَ ظالماً لخَصْمِهِ في الحقِّ الذي ادَّعاهُ عليه، حتَّى صالحَهُ على بعضِهِ، أو أقرَّ المدَّعِي

= وأخرج عبد الرزاق في «المصنف» عن معمر، قال: سئل الزهري عن الرجل يقع عليه اليمين، فيريد أن يفتدي يمينه؟ قال: قد كان يُفعل، قد افتدى عبيد السهام في إمارة مروان، وأصحاب رسول الله ﷺ بالمدينة كثير، افتدى يمينه بعشرة آلاف.

ولأن في افتداء اليمين صوناً للعرض بالمال، فإن في اليمين عند الحاكم تبذلاً يأنف منه ذوو الأقدار والهيئات، وقد يقدر على الحالف بلاء يصيبه إثر يمينه، فيقال: هذه عقوبة ما كانت لتصيبه لولا كذبه في يمينه.

(١) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]. ولأن الخصم قد يرضى بالصُّلْح رضا ظاهراً كالمجبر والمغلوب على حقه، لقطع الخصومة، فيكون كالقضاء الذي يجري حكمه على الظاهر دون الباطن، كما سيأتي في موضعه؛ لقوله ﷺ: «**إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ، فَلَا يَأْخُذَنَّ مِنْهُ شَيْئاً، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ**». أخرجه مالك واتفق عليه الشيخان من حديث أم سلمة.

ومن أمثلة هذا الصُّلْح ما جرى في بعض البلاد من امتناع مكتري الدور عن إخلائها لأربابها بعد انقضاء مدة الكراء، إلا أن يصالحوهم على مال كثير يعتبر في الغالب بقيمة الدار، وهو من أعظم الظلم ومن أظهر أنواع أكل أموال الناس بالباطل، نسأل الله العافية.

أنه كان مُبْطلاً في دَعْواه، حتَّى صالَحَهُ خصْمُه منها على عِوضٍ، فللمظْلُومِ نقْضُه.

ومن صالَحَ من حقٍّ ادَّعى به على خصْمِهِ، ثم ادَّعى أنه وَجَدَ بيِّنةً لم يكُنْ يعلمُها حينَ الصُّلْحِ، فله نقْضُه ليُقضَى له ببيِّنَتِهِ[1]. ومثْلُ انتفاءِ العِلمِ بالبَيِّنةِ في الحُكْمِ، إذا كانت بعيدةً بُعداً يتعذَّرُ معه إحْضارُها في وقْتٍ قَريبٍ، فله النَّقْضُ إذا كان أشْهَدَ حينَ الصُّلْحِ، أنه يخاصِمُ بها لدى الحاكِمِ إذا حضرَتْ.

فَصْلٌ
في المصالحة عن الميراث

مَنْ مَاتَ وتـرَكَ مـالاً متنوِّعـاً من النُّقـودِ وغَيـرِهـا، وتـرَكَ من الوارِثِينَ زوجةً وأوْلاداً، فصَالَحت الزَّوْجةُ عن مَوْرِثِها، لَمْ يَخْلُ الحالُ من أن يَكُونَ العِوضُ المصالَحُ بِهِ، مِنْ عَيْنِ مَالِ التَّرِكةِ، أو مِنْ غيْرِها.

فإنْ كانَ مِنْ عَيْنِها، وكانَ من العُروضِ أو الحَيَوانِ أو العَقَارِ، جَازَ الصُّلْحُ فِي الجُمْلَةِ، وإن كانَ مِنَ النُّقُودِ لم يَجُزْ، إلَّا أن يَكُونَ قَدْرَ مِيرَاثِهَا من النُّقُودِ أوْ أقَلَّ.

---

(١) وإنما جاز له النقض؛ لأنه إنما صالح خصمه لأجل أنه أنكر الحق الذي يدعيه عليه، فرضي ببعض حقه لعدم توفر البينة، فكان له الرجوع ببقية حقه إذا توفرت وحكم بها. ولا ينقض الصُّلْح حتى يحلف يميناً أنه لم يكن يعلم البينة قبل المصالحة، فإن نكل عنها، أو شهدت بينة أنه كان يعلمها، فلا نقض له؛ لأن رضاه بالصُّلْح مع علمه بها قرينة على إسقاطه لحقه في القضاء بها، والساقط لا يعود.

وإن كانَ المالُ المُصَالَحُ بِهِ، من غيْرِ مالِ التَّرِكةِ، لم يجُزْ مُطْلقاً[١].

---

(١) هذا الفصل مترجم في بعض المذاهب الأخرى باسم المخارجة أو التخارج؛ لأن الوارث المصالِح عن نصيبه من التركة، يقاسم سائر الورثة بهذه الطريقة، ويخرج من الشركة.

ولنفرض المسألةَ في ميت ترك زوجة وأولاداً، كما ذكرت في الأصل، فصالحت الزوجة الأولاد عن مَورِثِها، وهو الثمن من جميع المال. والحكم في ذلك يتفصل إلى فصلين:

الفصل الأول: أن يكون العوض المصالح به من عين مال التركة:

ولنفرضْ مالَ التركة متنوعاً إلى عقار وحيوان وعروض منقولة وغير منقولة، ونقود من الدراهم والدنانير.

فإن لم يكن منها شيء غائباً ولا ديناً في ذمة الغير، نظرنا، فإن كان العوضُ المصالح به دنانير أو دراهم، وهو يساوي نصيبها من أحدهما، أو يقل عنه، كما لو كان ما ترك من الدنانير ثمانين، فأخذت عشرة أو أقل، فالصلح جائز؛ لأنها أخذت بعض عين حقها، وتركت لهم الباقي.

فإن كان بعض الدنانير التي تركها غائبة أو ديناً في ذمم الناس، لم يجز الصلح إلا أن يكون الذي أخذته لا يزيد على قدر نصيبها من الدنانير الحاضرة. يبينه أنه لو ترك ثمانين ديناراً، نصفها حاضرة، ونصفها غائبة أو ديناً، فنصيب الزوجة منها عشرة؛ خمسة من الحاضرة وخمسة من الغائبة؛ فإن صالحت عن مَورِثِها بعشرة دنانير، كانت خمسة منها تمام نصيبها الحاضر، وخمسة اشترتها بالخمسة الغائبة التي لها، فلم يجز لقوله ﷺ: **«لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلَّا مِثْلاً بِمِثْلٍ»**. إلى قوله: **«وَلَا تَبِيعُوا مِنْهَا شَيْئاً غَائِباً بِنَاجِزٍ»**.

وإن كانت الدنانير المصالح بها أكثر من نصيبها، لم يجز الصلح لاشتماله على بيع وصرف. يبينه أنه لو ترك من الدنانير ثمانين، ومن الدراهم ثمانمئة، ومن العروض كذا وكذا، فصالحتهم عن مَوْرِثها بعشرين ديناراً، =

....

= كانت عشرة منها تمام نصيبها، وعشرة أخرى هي ثمنُ ما تركت لهم من الفضة مع العروض، فيقع بعضُ الدنانير عوضاً عن العروض، وهذا بيع، وبعضُها الآخر عوضاً عن الدراهم، وهذا صرف. وقد سبق في كتاب البيوع، أنه لا يجوز أن يجتمع البيع والصرف في صفقة واحدة.

وإن لم يكن في التركة إلا الدنانير مع العروض، والمسألة بحالها، فالصلح جائز إذا كانت أعيان الأموال كلها حاضرة ولم يكن للميت دين على الناس؛ لأن الزائد على نصيبها من الدنانير، يقع ثمناً لما خرجت عنه من العروض، وهو جائز كما لو باعته بعد القسم.

وإن كان بعض أعيان التركة غائباً، لم يجز في قول ابن القاسم. ووجهه: أن الزائد على نصيبها من الدنانير، ثمنٌ يتقسط فيقع بعضُه في مقابل حصتها من العروض الحاضرة، وبعضُه الآخرُ في مقابل حصتها من العروض الغائبة. وقد سبق في كتاب البيوع، أن الأعيان الغائبة إذا بيعت لم يجز أن يُعجلَ الثمن فيها على وجه الشرط، كبيع الخيار؛ لأن البيع فيها لا يستقر إلا بعد القبض، لاحتمال أن يهلك المبيع قبل ذلك، أو تصادفه الصفقة وهو هالك، فينفسِخُ البيعُ، فيتبين أن الثمن الذي تعجلَ البائعُ قبضَه، كان سلفاً لا ثمناً. وهذه التي صالحت عن مَوْرِثِها الذي بعضُه غائب، تعجلت ثمن شيء غائب باعته، فلم يجز. والله أعلم.

وإذا كان بعض مال التركة ديناً من دنانير أو دراهم، لم يجز التخارج؛ لأن حصةً من الدنانير الفاضلة عن سهمها، تقع ثمناً لسهمها من الدين، فلم يجز؛ لأن الدين لو كان من الدراهم، كان صرفاً لما في ذمة الغير، وهو غير جائز؛ لخبر ابن عمر في بيعه الإبلَ بالبقيع. وإن كان من الدنانير، كان بيعاً لذهب غائب بذهب ناجز، فلم يجز لحديث: «**وَلَا تَبِيعُوا مِنْهَا شَيْئاً غَائِباً بِنَاجِزٍ**».

وإن كان الدين من غير الدراهم والدنانير، مثل أن يكون طعاماً أو ثياباً، جاز بشروطه في الجملة، كما لو استقلت بميراثه فباعته. وقد بينا في كتاب =

....

= البيوع، أن الدين لا يباع إلا أن يكون الغريم حاضراً تناله الأحكام، وهو يقر بالدين؛ لأنه إذا كان غائباً أو منكراً للدين، كان بيعه بيع غرر كبيع الطائر في الهواء والسمك في الماء، فلم يجز. فإذا اجتمعت الشروط، جاز بيع الدين إن كان من غير النقود، بالنقود أو العروض إذا كان الثمن معجلاً، حتى لا يكون ديناً بدين.

وإذا كان الدين طعاماً وجب للميت في معاوضة، مثل أن يكون مُسلَماً فيه، أو مهراً أو بدلَ خلعٍ، أو مصالحاً به، أو أجرةَ منافعَ، فلا يجوز للزوجة الخارجة عن حصتها منه؛ لما ثبت في السنة من النهي عن بيع الطعام المشترَى قبل قبضه. فإن كان قرضاً جاز.

وإن كان العوض المصالح به من عروض التركة، جاز أيضاً إذا كانت هي وسائر الورثة يعلمون أعيان التركة بأسمائها وصفاتها. مثل أن يترك الميت داراً، وأرضاً، وسيارة، ومتاعاً من الأثاث والثياب وشبهها، وثمانين ألف دينار، فتعلم بنفسها أو بوكيلها، صفة الدار والأرض والسيارة، والعروض، ومبلغ الدنانير، وأن ذلك هو كل ما ترك الميت، ويعلم الأولاد مثلَ ذلك، ثم تصالحهم من ثُمُنِها على السيارة، فيجوز؛ لأنه بيع لجزء مشاع في أشياء معلومة للبائع والمشتري، لا غرر فيه ولا جهالة ولا رباً.

وإذا لم تكن هي أو بعض الأولاد، يعلمون أعيان التركة على التفصيل، لم يجز الصلح؛ لما أسلفت في كتاب البيوع أنه لا يجوز التبايع على شيء، حتى يعلمه البائع والمشتري معاً؛ فإن الرضا ينبني على العلم. وقال شريح القاضي: أيما امرأةٍ صُولحت عن ثُمُنها، ولم يُبين لها ما ترك زوجُها، فتلك الريبة كلها. أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة.

الفصل الثاني: أن يكون العوض المصالح به من غير مال التركة:

فينظر، فإن لم يكن في التركة نقود، جازت المخارجة إن كانت أعيانها حاضرة، وعلمها جميع الورثة على التفصيل؛ لأنه بيع استوفى شروطه. مثلُ أن يترك داراً، وسيارة، ومتاعاً من الأثاث والثياب وشبه ذلك، فتخرج الزوجة عن ثُمُنها من ذلك للأولاد، على ألف دينار يعطونها لها. =

....

= فإن كان بعض أعيان التركة غائباً، لم يجز؛ للمعنى الذي ذكرناه في بعض فروع الفصل الأول.

وإن كان في التركة دنانير ذهب مع العروض، فأعطوها دنانير، فحكمه حكم بيع ذهب وعرْض بذهب، وهو لا يجوز، وقد بين أبو الوليد الباجي وجه منعِه على التفصيل، في باب المراطلة من كتاب البيوع من «شرح الموطأ». ويدل له من السنة حديث فضالة بن عبيد، قال: اشتريت يوم خيبر قلادة باثني عشر ديناراً، فيها ذهب وخرَزٌ، ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر ديناراً، فذكرت ذلك للنبي ﷺ، فقال: «**لَا تُبَاعُ حَتَّى تُفَصَّلَ**». أخرجه مسلم. وفي رواية لأبي داود: «**لَا حَتَّى تُمَيِّزَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ**». فقال: إنما أردت الحجارة، فقال النبي ﷺ: «**لَا حَتَّى تُمَيِّزَ بَيْنَهُمَا**». قال: فرده حتى ميز بينهما.

ويبينُ وجهَ المنع في الخبر: أن أحد الذهبين إذا كان مساوياً للآخر، فقد فَضَل أحدُ البائعين الآخرَ، بالعرْض الذي صار إليه، وهو ذهب في قيمته، فكان تفاضلاً في المعنى، وذريعةً إلى الربا الصريح. وإن كان أحدُ الذهبين أكثر، وكان العرْض في جانبه، فهو أولى من الأول؛ لانضمام العرْض إلى فضْلةِ أحد الذهبين، وإن كان في جانب الآخر، كان العرْض مقابلاً بفضْلَة الذهب، وإذا قوم بالذهب قد تخرج القيمة مساوية للفضلة أو مختلفة عنها، فحصل الشك في التماثل، وهو كتحقق التفاضل.

وإذا ثبت هذا في الذهب، فكذلك إذا كان مع عروض التركة دراهمُ فضةٍ والثمنُ دراهمَ، أو كان معها دنانيرُ جزائريةٌ والثمنُ دنانيرَ مثلَها، كما لو لم يترك إلا داراً ومليون دينار، فصولحت الزوجة عن ثُمُنها، بثلاثمئة ألف دينار، فهو غير جائز.

وإذا كان مع العروض ذهب وفضة، وكان الثمن من أحدهما، فكذلك لا يجوز؛ للمعنى الذي بيناه في توجيه حديث القلادة. وإن كان مع العروض ذهب، والثمن من الفضة، أو العكس، لم يجز أيضاً؛ لما فيه من اجتماع بيع وصرف. =

وعلَى مِثَالِ الزَّوْجَةِ في هذا التَّفصيلِ، يُقاسُ سائِرُ مَنْ يَخرُجُ من الوارِثِينَ.

= فإن كان الثمن الذي يبذله الأولاد للزوجة من أموالهم، عرضاً من العروض، كثياب أو سيارة أو ماكنة خياطة، فهو جائز ما لم يكن بعضُ أعيانِ التركة غائباً؛ للمعنى الذي ذكرناه في بعض فروع الفصل الأول. وكذلك إذا كان بعضُها ديناً، والمدين غائب أو لا يقر به.

• **فرع مرتب في بيع أسهم الشركات:**

يتخرج على عدم جواز مصالحة أحد الورثة عن سهمه، بثمن نقدي يدفعه له الآخرون من غير التركة، إذا كان فيها عروض ونقود، عدمُ جواز بيع أسهم الشركات بالأثمان النقدية، سواء كان الثمن من جنس ما تملكه الشركة، مثل أن تكون أملاك الشركة دنانير جزائرية وعروضاً متنوعة، والثمن من الدنانير الجزائرية، أو كان من جنس مخالفٍ مثل العملة الأوربية. ففي كتاب الصلح من «المدونة»: ولقد سئل مالك عن شريكين كانا يعملان في حانوت، فافترقا، على أن أعطى أحدُهما صاحبَه كذا وكذا ديناراً، وفي الحانوتِ شركةُ متاعٍ لهما، ودنانيرُ ودراهمُ وفلوسٌ، وكانت في الحانوت بينهما؟ قال مالك: لا خير فيه ونهى عنه. واختصره البراذعي بقوله: وإذا صالح شريكٌ شريكَه على دنانير من جميع ما بينهما، وبينهما دنانير ودراهم وعروض وفلوس، لم يجز. اهـ.

وأوضح هذا الحكم بمثال: لو فرضنا أن موجودات الشركة، آلية للشحن، وأخرى للرفع، وثالثة للحفر، ورابعة للجرف، وخمسة ملايين دينار جزائري. ورأسمال الشركة مقسمٌ على مئةِ سهم، يتداولها الناس في أسواق المال. فكل سهم يمثل جزءاً من مئة من موجودات الشركة العينية والنقدية. فإذا اشتراه أحد الناس من مالكه الأول، بسبعين ألف دينار مثلاً، فإن خمسين ألفاً منها تقع ثمناً لحصة السهم من خمسة الملايين ديناراً، وعشرين ألفاً الباقية تقع ثمناً لحصته من الآليات، فحصل في الصفقة بيعُ دنانير وعرْض بدنانيرَ، =

فَصْلٌ
في الصُّلْح عن دم العمد

يجُوزُ الصُّلْحُ عن دمِ عمْدٍ في نفسٍ أو عُضوٍ[(١)]، قبْلَ ثُبوتِ القِصاصِ وبعْدَه. ويجُوزُ أنْ يكونَ العِوضُ المصالَحُ به، مُستقِلّاً عن الدِّيةِ الوَاجبةِ في قتْلِ الخَطأِ، أو مُقدَّراً بها[(٢)].

= وهو مثلُ بيعِ ذهب وعرْض بذهب الذي دل حديث القلادة على منعه. ولا يختلف الحكمُ إذا كان مشتري السهم هو نفس الشركة؛ لأن بائعه يُصالح بدنانير من مال الشركة عما يملك منها من العروض والدنانير. والله أعلم.

(١) لحديث أنس بن مالك في قصة عمه أنس بن النضر، وفيه: أن أخته وتسمى: الرُّبَيِّع، كسرت ثنية امرأة، فأمر رسول الله ﷺ بالقصاص، فقال أنس ـ يعني ابن النضر ـ: يا رسول الله والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها، فرضوا بالأرش وتركوا القصاص. أخرجه البخاري. وأخرجه مسلم غير أن فيه أن الجاني أخت الرُّبَيِّع، وأن المُقْسِم أُمُّها. قال الحافظ في «الفتح»: وفي الحديث أن كل من وجب له القصاص في النفس أو دونها، فعفا على مال فرضوا به جاز. اهـ.

وجناية العمد على نفس أو عضو توجب القصاص عيناً عند علمائنا، فلا يكون لمستحقه من الجريح أو أولياء الدم، إلا أحد خيرتين: العفو المجَّاني، أو القصاص. وليس له الخيارُ بينه وبين الدية إلا برضا الجاني، فإذا تراضوا على شيء من المال فهو صلح. والصُّلح عن دم العمد مُعاوَضَةٌ على حق غير مالي؛ وهو إسقاط القصاص، فبان بذلك أن الصُّلْح بالمال كما يجوز في الحقوق المالية، يجوز في غيرها، كخلع المرأة من زوجها، وافتداء الخصم من اليمين، وفداء الأسرى من العدو.

(٢) وذلك كأن يتصالحوا على مبلغ معلوم من المال من النقود أو العروض، أو الحيوان كالإبل والبقر والغنم، من غير اعتبار بقدر الدية الواجبة =

وإذا كان الجَانِي مَدِيناً بدَيْنٍ يُحيطُ بمالِهِ، فللغريمِ منْعُه من الصُّلْحِ؛ لتعلُّقِ حقِّهِ بأعْيانِ ما يَملكُ المَدينُ.

وإذا بادرَ أحدُ الوليَّينِ إلى مُصالحةِ الجَاني، سقطَ حقُّ الآخرِ فيهِ، ثمَّ تخيَّرَ من إحدَى خصالٍ ثلاثٍ؛ إما أن يعفُوَ عن حقِّهِ مجَّاناً، وإما أن يَشْرَكَ صاحِبَهُ في ما صالَحَ به بقَدْرِ حِصَّتهِ من الميرَاثِ كالنِّصفِ والثُّلثِ وغيرِهما[1]، وإما أن يأخُذَ الجانِيَ بحصَّتِه من بدَلِ القِصاصِ الذي هو ديَةُ عمْدٍ. وعلى قِياسِ هذا يكُونُ الحُكْمُ في ثلاثةِ أولياءَ أو أكثرَ.

ومِثْلُ ذلك في الحُكْمِ إذا صالَحَ أحدُ الوارِثِينَ مدَّعًى عليه بدَيْنٍ للميتِ، فإنَّ غيرَهُ من الوارِثِينَ يَكُونُونَ بالخِيَرَةِ بيْنَ أن يَشْرَكُوه في عِوَضِ الصُّلْحِ، وبيْنَ أن يأخُذُوا المدِينَ بِمَنَابِهِم من الدَّيْنِ، لا فرْقَ في ذلك بيْنَ أن يكونَ صالحَهُ عن إقرارٍ منه بالدَّيْنِ، أو عن إنْكارٍ.

= في القتل الخطأ، أو يتصالحوا على بشيء مقدر بها، كثلثها أو نصفها أو مثلها أو مثليها. قال في «المدونة»: قال لي مالك: في العمد القوَدُ إلا ما اصطلحوا عليه، وإن كان أكثر من الدية، فذلك جائز وإن كان ديتين.اهـ. وسيأتي بيان مقادير الديات في النفوس والأعضاء والمنافع في موضعه من كتاب الجنايات إن شاء الله.

(١) ويجبر صاحبه على المشاركة، سواء صالح عن حصته فقط أو صالح عن الدم كله. ومثال النصف: أن يكون أولياء المقتول ابنين أو أخوين شقيقين. ومثال الثلث: أن تكون بنت مع أخيها المصالِح، أو أخت شقيقة مع أخيها المصالِح. فإن للبنت والأخت ثلث المال المستحق بالصُّلْح على إسقاط القصاص، وللابن والأخ الثلثين.

ولو صالَحَ أحدُ الشَّريكيْنِ غريماً لهما على بعْضِ الدَّيْنِ، فللآخَرِ الدُّخولُ معه في ما صالَحَ به من قليلٍ أو كثيرٍ، فإن اخْتارَ اتِّباعَ الغريمِ بما بقِيَ عليه، لم يستحِقَّ معه شيْئاً في ما قبَضَ[1].

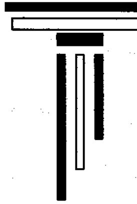
وما يقتضِيهِ أحدُهما من الغَريمِ، فلشريكِهِ أن يَدْخُلُ معه فيهِ، ولو كان مبْلغُ المقبوضِ أقَلَّ من حِصةِ القابِضِ، إذا كان الدَّيْنُ موثَّقاً في وثيقةٍ واحدةٍ[2]. والله أعلم.

* * *

---

(١) لأن اختيار اتباع الغريم بالباقي يعد مقاسمة للدين. قال ابن القاسم: ألا ترى لو أن رجلين ورثا ديناً على رجل فاقتسما ما عليه جاز ذلك، وصار كالدَّيْن يكون لهما على رجل لكل واحد منهما صك على حدة، فمن اقتضى من هذين شيئاً دون صاحبه لم يكن يشركه صاحبه في ما اقتضى؛ لأنه لا شركة بينهما. اهـ.

(٢) فإن كانت حصة كل منهما في الدَّيْن موثقة في صك مستقل، لم يستحق معه شيئاً. قال في «تدريب السالك»: وإن صالح شريكٌ فللآخرِ الدخولُ، إلا إذا شَخَصَ وامتنع الآخرُ، أو كان الحق في كتابين. اهـ. وهاهنا كلية يندرج تحتها هذا الفرع، ذكرها ابن القاسم في «المدونة»، قال: قال لي مالك: كل ذِكْرِ حقٍّ كان لقوم بكتاب واحد، فاقتضى بعضهم دون بعض، فإن شركاءهم يدخلون معهم في ما اقتضوا، وإن كان لكل إنسان منهم ذِكْرُ حقٍّ على حدة، وكانت صفقة واحدة، فإن من اقتضى شيئاً من حقه لا يدخل معه الآخر في شيء. اهـ. **ذِكْر حقٍّ**: صك أو وثيقة يذكر فيها الدَّيْن. وجمعه ذكور حقوق، وقيل: ذكور حق.




باب الرَّهْن

الرَّهْنُ: احتباسُ العيْنِ وثيقةً بالحقِّ، ليُستوفَى من ثَمَنِها أو ثمنِ منافِعِها عند تعذُّرِ استيفائِهِ من الغَريمِ. وهو جائزٌ في السَّفرِ والحضَرِ[(١)].

---

(١) معنى الرَّهْن في الشرع كما ذكرت، وهو مأخوذ من أصله اللغوي الذي يعني الاحتباس؛ لقَوْله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨]، وقَوْله: ﴿كُلُّ ٱمْرِيٍٕ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١].

والأصل في مشروعية الرَّهْن في السفر، قَوْله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]. **ورِهان**: جمع رَهن، والمعنى: فرهان مقبوضة تكفي من ذلك. وأما مشروعيته في الحضر، فثابتة **بالسنة العملية**؛ قَالَ أنس: رهن رسول الله ﷺ درعاً عند يهودي بالمدينة، وأخذ منه شعيراً لأهله. أخرجه البخاري. وعن عائشة: أن النبي ﷺ اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل، ورهنه درعاً من حديد. متفق عليه. وفي رواية: توفي ودرعه مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعاً من شعير. ولأن ذكر السفر في الآية خرج مخرج الغالب من الأحوال، فلم يكن له تأثير في الحكم، وقد تكون بالإنسان حاجة إلى الرَّهْن أو الارتهان في الحضر كالسفر.

● **فرع:**

يجوز الرَّهْن مقترناً بعقد المداينة من بيع أو سلف، على سبيل الاشتراط فيه، ويجوز أن يتأخر عنه على سبيل التبرع به من الرَّاهِن، كما يجوز أن يتقدم عليه، قَالَ ابن شاس: لو قَالَ: رهنت عندك عبدي هذا على أن تقرضني غداً ألف درهم، أو على أن تبيعني هذا الثوب، ثم استقرض أو ابتاع، فإن الرَّهْن يلزم، ويجب تسليمه إليه. اهـ.

وأَرْكانُهُ أربَعَةٌ في الجُملةِ، وهي خَمْسةٌ عند التَّفصيلِ: العاقدانِ وهما الرَّاهِنُ والمُرْتَهِنُ، وشرْطُهما كالمتبايِعَيْنِ، والمَرْهُونُ وهو المالُ المعْقُودُ عليه، والمَرْهُونُ بهِ وهو الدَّيْنُ، والصِّيغةُ وهي كُلُّ تخاطُبٍ بإيجابٍ وقَبولٍ يُفيدُ معْنى الرَّهْنِ، بلفظِهِ أو بغيْرِ لفظِهِ[1].

فَصْلٌ
في شروط المَرْهُون

وكلُّ أنْواعِ المالِ صالِحةٌ لتَعلُّقِ الرَّهْنِ بها، سواءٌ كانتْ مُتعيِّنةً في الخارِجِ، أم ثابتةً في الذِّمَّةِ[2]، من النُّقُودِ أو العُرُوضِ المِثليةِ

---

(١) كقَوْله: رهنتك هذه الدار بدينك الفلاني، أو خذ هذا الحلي فأمسكه عندك حتى أقضيك حقك. فيقول الآخر: قبلت أو رضيت، أو وافقت. أو يقبض العين منه دون كلام، فينعقد الرَّهْن ويثبت له حكمه؛ لأن العبرة في العقود ليست للصيغ والمباني، بل للمقاصد والمعاني.

(٢) وقاعدة هذا الباب: أن كل ما يجوز بيعه يجوز رهنه؛ لأن مقصود الرَّهْن الاستيثاق للدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرَّهْن إن تعذر استيفاؤه من غيره، وهذا يتحقق في الأعيان كما يتحقق في الديون؛ لجواز بيعها بشروط تقدم بيانها في باب البيوع المنهي عنها. فإذا جاز بيعها أمكن استيفاء الدَّيْن من ثمنها، كما يمكن استيفاؤه من عينها بعد اقتضائها ممن هي عليه، فجاز تعلق الرَّهْن بها كالأعيان.

فإذا كانت على زيد مئة دينار ثمنَ بيعٍ، وله على دائنه طعام أو ثياب أو شيء غيرها، ديناً من سلَم أو قرض، جاز لَه أن يرهنه منه في المئة دينار. فإذا حلَّ أجلها، وعجز عن القضاء، باع مال السلَم أو القرض الذي في ذمة المُرْتَهِن، ووفاه المئة دينار من الثمن، وإذا مات زيد أو فُلِّس، كان المُرْتَهِن أحق بدين السلَم أو القرض الذي عليه، من سائر الغرماء.

فإن كان دين السلَم أو القرض في ذمة رجل ثالث، وجب تسليم وثيقته =

كالمَكيلاتِ والموْزُوناتِ، أو المُقوَّمةِ كالثِّيابِ والحُلِيِّ، والحيوانِ والعقارِ كالدُّورِ والأرَاضِي والبَسَاتينِ. ولا تُرْهنُ النُّقودُ إلا مع الطَّبعِ عليها طَبْعاً مُحْكَماً[1].

ويجُوزُ رَهْنُ ما يَشتملُ على غرَرٍ يسيرٍ، كالجَملِ الشارِدِ والثِّمارِ التي لم يَبْدُ صَلَاحُها[2].

= إلى الدائن المُرْتَهِن، والإشهاد عليه، فإن لم تكن وثيقة، كفى الإشهاد، وعليه أن يجمع بين غريمه وبين المُرْتَهِن حتى يعرفه.

(١) فيجوز رهن الدنانير في الدراهم والعكس؛ لأنها مال يمكن استيفاء الدَّيْن من ثمنه، فجاز رهنها كالعروض. وكذلك سائر العملات النقدية يرهن بعضها في بعض، إذا وضعت في مثل صندوق، وطبع عليها طبعاً محكماً يمنع المُرْتَهِن من استنفاقها. فإن وضعت عند غير المُرْتَهِن، لم يحتج إلى الطبع عليها؛ لأنه مؤتمن عليها.

وهذا الحكم ينسحب أيضاً على سائر ما لا يعرف بعينه، كالمكيلات والموزونات والمعدودات؛ لأن المعنى المذكور في النقود موجود فيها أيضاً. وبه قَالَ ابن القاسم في «المدونة»، وهو المشهور. وعن أشهب قَوْلان؛ **أحدهما**: يشترط الطبع في النقود دون المثليات، **والثاني**: لا يجب الطبع في جميع ما لا يعرف بعينه، بل يستحب.

(٢) بل يجوز رهنها قبل أن تخلق، وكذلك الزرع قبل أن ينبت، وكونها حين الرَّهْن بحال تمنع من بيعها ليس مانعاً من ارتهانها؛ لأن الغرر لم يكن في عوض حتى يبطل به العقد، ولأن للدائن ترك الارتهان أصلاً، فتوثقه لدينه بعين مشتملة على غرر خير من عدم التَّوثُّق. ولا يقَالَ: إن الرَّهْن يقصد للبيع، وبيع الغرر لا يجوز؛ لأن البيع إنما يستحق عند تعذر الاستيفاء من غير المَرْهُون، وإذ ذاك فلا يباع حتى يخلص من الغرر ببدو الصلاح في الثمرة، والعثور على الجمل الشارد، وغير ذلك.

ويجُوزُ رَهْنُ المَقْسُومِ والمَشَاعِ، كثُلثِ دارٍ ونصْفِ ثوْبٍ أو سيَّارَةٍ، وحازَ المُرْتَهِنُ العيْنَ جميعَها، إلَّا أن يكون الجزْءُ غيرُ المَرْهُونِ مِلْكاً لغيرِ الرَّاهِنِ، فيكفِي حَوزُ الجزْءِ المَرْهُونِ[١].

ويجُوزُ رهْنُ المغصوبِ من الغاصبِ، والمؤْجَرِ من المُستأجِرِ، ويكونُ القَبْضُ الأوَّلُ كافياً في الحيازَةِ، وينْتقلُ المغصُوبُ من ضمانِ الغصْبِ إلى ضمانِ الرَّهْنِ[٢].

ويجُوزُ استعارةُ عينٍ لرهْنِها في دَيْنٍ[٣]، فإذا حلَّ وعجَزَ الرَّاهِنُ

(١) وإنما جاز رهن المشاع لأن مقصود الرَّهْن يتحقق منه كما يتحقق من المقسوم، وهو التَّوثُّق بالمال المَرْهُون للدين من أجل التوصل إلى استيفائه من ثمنه بعد البيع، إذا تعذر استيفاؤه من غيره، والمشاع يجوز بيعه، فوجب أن يجوز تعلق الرَّهْن به كالمقسوم. وإذا قيل: إن الحيازة ـ وهي استدامة القبض ـ متعذرة في المشاع؛ لأن الجزء غير المَرْهُون إما أن يكون ملكاً للراهن، فيتناوب مع المُرْتَهِن في احتباسه، وإما أن يكون ملكاً لغيره، فيتناوب معه الشريك في ذلك. فالجواب: أننا اشترطنا في الحالة الأولى أن يحوز المُرْتَهِن الجميع، فتتحقق الحيازة على تمامها، ويكون الجزء غير المَرْهُون على حكم الأمانة في يده، وأما في الحالة الثانية، فلا يمنع الشريك من الحيازة؛ لأن يد الرَّاهِن قد زالت عن المَرْهُون وصار تحت يد المُرْتَهِن، وليس احتباس العين عنده هو مقصود الرَّهْن، بل مقصوده استيفاء الدَّيْن من ثمنه عند التعذر.

(٢) على معنى أنه ينتقل من كونه مضموناً ضمان أصالة، أو ضماناً مطلقاً، إلى كونه مضموناً ضمان تهمة، على نحو ما سيأتي بيانه.

(٣) وينبغي أن يُسَمِّي للمعير المُرْتَهِنَ والدَّيْنَ الذي يرهنها فيه ببيان جنسه وصفته وقدره وأجله؛ لأن الضرر يختلف بذلك. ومتى خالف فرهنها في دين غير الذي سماه، كان متعدياً فيلزمه ضمانها يوم رهنها لأنه يوم التعدي. =

عن قضائِهِ، استحَقَّ عليه المُرْتَهِنُ بيعَ العيْنِ لاستيفاءِ الحَقِّ من ثمنِها، ويرْجِعُ ربُّها على الرَّاهِنِ بالضَّمَانِ[١].

فَصْلٌ

في شروط المَرْهُون فيه

والحقُّ الذي يُشرَعُ له الرَّهْنُ الدُّيونُ التي تثبتُ في الذِّمَّةِ، دونَ الأعْيانِ[٢]. وكُلُّ دَيْنٍ يَصِحُّ أن يتعلَّقَ الرَّهْنُ بهِ، سواءٌ كان لازِماً من

= والأصل في جواز استعارة العين للرهن الإجماع؛ قَالَ ابن المنذر في «الإشراف»: وأجمعوا على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرتهنه على دنانير معلومة، عند رجل سماه، إلى وقت معلوم، فرهن ذلك إلى ما أذن له فيه، أن ذلك جائز. اهـ.

(١) وهو المثل في المثليات والقيمة في المقومات، ولا ينظر إلى ما بيعت به من ثمن قليل أو كثير، فما فضل من ثمنها عن وفاء الدَّيْن، فهو ملك للراهن الذي استعارها. وعلى هذا المعنى اختصر أبو محمد بن أبي زيد «المدونة». واختصرها أبو سعيد البراذعي على معنى أن ثمنها لمالكها الذي أعارها، فيوفي المستعيرُ الدَّينَ منه، ويصير مديناً به للمعير، وإن فضل شيء رده إليه. فقال: ومن استعار سلعة ليرهنها جاز ذلك، ويُقضى للمرتهن ببيعها إن لم يؤدِّ الغريمُ ما عليه، ويَتْبع المعيرُ المستعيرَ بما أدى عنه من ثمن سلعته. اهـ. وبه قَالَ أشهب؛ لأنها إنما بيعت على ملك ربها الذي أعارها، فوجب أن يكون ثمنها ملكاً له. ووجه النقل الأول: أن الإذن في رهنها إذن في تعلق الحق بثمنها، ولا يتعلق حق الدائن بالثمن إلا بعدما يصير ملكاً للمدين الرَّاهِن، فبان بذلك أنها تباع على ملك الرَّاهِن المستعير، ويصير المعير كأنه أذن في إتلافها على شرط الضَّمَان. والله أعلم.

(٢) لأن الرَّهْن مقصود لاستيفاء الحق من ثمنه، والأعيان القائمة في الخارج لا يمكن استيفاؤها من المَرْهُون، فلم تكن محلاً لهذا العقد، بخلاف =

الأَصْلِ كثَمَنِ البيْعِ، والمالِ المُسلَم فيه، وبَدَلِ القَرْضِ، وقِيمِ المُتلفاتِ وأُرُوشِ الجِناياتِ، أو كانَ صائِراً إلى اللُّزومِ في المآلِ، كالجُعْلِ في عقْدِ الجعالَةِ[1].

فَصْلٌ
في لزوم الرَّهْن وحيازته

وليس القبْضُ شرْطاً في انعْقادِ الرَّهْنِ ولا في صحَّتِهِ ولا لزُومِهِ، بل يلزَمُ بالقَوْل كالبيْعِ والإجارَةِ، ولا يتمُّ ويستقرُّ حكْمُه إلَّا بالحيازَةِ[2]؛ فإن حازَهُ المُرْتَهِنُ قبْلَ حدُوثِ مانِعٍ بالرَّاهِنِ من فَلَسٍ أو

= الثابتة في الذِّمَّة. قَالَ ابن شاس: وحيث وقع في ألفاظ المذهب إضافته ـ يعني الرَّهْن ـ إلى عين مشار إليها، فالمراد به أنه رهن بقيمة العين. اهـ. وذلك كمن دفع متاعاً لصانع يصلحه أو يُحدث فيه صنعة من خِياطة أو حِدادة أو نحوها، أو أعار من رجل عيناً مما يضمن على المستعير كحلي وثياب، فله أن يرتهن رهناً في قيمة العين المدفوعة، التي تصير ديناً في ذمة الصانع أو المستعير، إذا ادعيا الهلاك أو الضياع من غير بَيِّنَة.

(١) وقد سبق في باب الجعالة من كتاب الإجارة. وذكرت هناك الحجة الدالة على صحة الرَّهْن في الجُعل قبل وجوبه بتمام العمل، أو قبل الشروع فيه.

(٢) وإنما كان الرَّهْن عقداً لازماً بالقَوْل، ولم يتوقف لزومه على القبض؛ لعموم قَوْله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]. فدخل الرَّهْن في حكمه مع البيع والإجارة، ولأن القبض أثر من آثار العقد، فوجب أن لا يكون له تأثير في اللزوم، كما في البيع والنكاح والإجارة.

فإذا ثبت أن الرَّهْن يصح ويلزم بمجرد القَوْل، فإن للمرتهن المطالبة بإقباض المَرْهُون من فور العقد، ويجبر له الرَّاهِن على ذلك، كالهبة والعارية. فإن تراخى في القبض حتى حدث بالرَّاهِن حدث من فلس أو موت، بطل =

مَوْتٍ، اختصَّ بهِ دون سائِرِ الغُرَماءِ، وإن حدَثَ ذلكَ قبْلَ الحَوْزِ، ساوَوْهُ في استحْقاقِ دُيُونِهم من المَرْهُونِ وغيرِه من أموالِ المدينِ، ولم يخْتصَّ به دونَهم.

وإذا تراضَيَا على جَعْلِ الرَّهْنِ عند عدْلٍ، جازَ، وكانتْ يدُه يدَ أمانَةٍ كالمُودَعِ، وليس له تسْليمُه إلى أحدِهما دون إذْنِ الآخَرِ، فإن فعلَ كان ضامِناً.

فَصْلٌ
في ضمان الرَّهْن

يُضْمَنُ المَرْهُونُ في يَدِ المُرْتَهِنِ ضَمَانَ تُهْمةٍ، كالعَارِيّةِ(١). فَإذَا

= حكم الرَّهْن كما ذكرت في الأصل؛ لظاهر قَوْله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]. فدل ذلك على أن القبض من صفات الرَّهْن اللازمة له، فكان ذلك بمعنى الشرط فيه. قَالَ الباجي في «شرح الموطأ»: وإذا أقر الرَّهْن بيد الرَّاهِن، وأشهد عليه أن لا يبيعه، ولا يهبه، ولم يطلبه ولم يقبض منه، فليس برهن حتى يقبضه منه المُرْتَهِن أو وكيله أو من تراضيا به. اهـ.

(١) والفرق بين المضمون للتهمة والمضمون أصالةً؛ أن الأول له حكم الأمانة في الأصل، كالأموال المرهونة والمستعارة والمقبوضة في أيدي الصناع، وإنما طرأ عليه الضمان لعارض التهمة على التعدي احتياطاً للمالك، ولذلك اختص بما يُغاب عليه، حتى لا يكاد يعرف هلاكه إلا من قَوْل من هو في يده، كالثياب والحلي. فمتى انتفت التهمة، رُدَّ إلى حكم الأصل، فلم يضمن على الصحيح في المذهب، كما لو قامت بينة على الهلاك بسبب لا مدخل فيه لمن هو في يده، أو هلك بأمر ظاهر مثل أن يثبت أن الرهن كان في مخزن المرتهن أو بيته، فاحترق جميع ما فيه، أو انتهبه اللصوص، أو كان الرهن في سفينة فغرقت. =

ادَّعَى هَلَاكَهُ أو ضَيَاعَهُ، وكَانَ مما يُغَابُ عَلَيْهِ، كالثِّيابِ والحُلِيِّ، ضَمِنَهُ، إلَّا أنْ يَهْلِكَ بِأَمْرٍ ظَاهِرٍ، أو يأْتِيَ بِبَيِّنَةٍ تُبْرئُهُ[1]. وإن كَانَ مما

= أما المضمون أصالةً، كالمغصوب في يد الغاصب، فلا يختلف بأنواعه، ولا بظهور سبب هلاكه وخفائه؛ لعدم اعتبار صفة الهلاك في الضمان؛ لأنه يتقرر بمجرد وضع اليد العادية، فلو غصب بهيمة فماتت قبل الرد، لضمنها كيفما كان سبب موتها. وكذلك إذا أودعها ربها عنده، فركبها أو حمل عليها متاعه، أو استعارها منه ليركبها فحمل عليها متاعه، أو ليركبها إلى بلد سمَّاه، فركبها إلى غيره.

إذا تبين هذا، فما ذكرته من الدليل على عدم ضمان المستعير في الأصل، ووجه تضمينه فيما يغاب عليه، يصلح أن يستدل به هاهنا في ضمان المُرْتَهِن. وحكى مالك رحمه الله إجماع أهل المدينة، على تفصيل الحكم في ضمان المرهون، بين ما يظهر هلاكه وما يخفى، فقال في كتاب الأقضية من «الموطأ»: الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا في الرهن؛ أن ما كان من أمرٍ يُعرفُ هلاكُه من أرضٍ أو دارٍ أو حيوانٍ، فهلك في يد المرتهن، وعُلم هلاكُه، فهو من الراهنِ، وأن ذلك لا ينقصُ من حق المرتهن شيئاً. وما كان من رهْنٍ يَهْلِكُ في يد المرتهن، فلا يُعلم هلاكُه إلا بقوله، فهو من المرتهن، وهو لقيمتِه ضامنٌ. اهـ.

(١) فإن كان من المثليات كالمكيل والموزون، رد مثله، وجُعل رهناً مكان الأول إلى أن ينقضي أجلُ الدين.

وإن كان الرهن من المقومات، غرم المرتهن القيمة للراهن، ثم ينظر فإن أتاه برهنٍ آخرَ ثقةٍ، احتبسه ورد له القيمة، وإلا جعلت مكان أصلها رهناً بحقه إلى أجله، ووضعت على يدي عدل، بعد أن يُطبع عليها حتى تتميز. وليس للمرتهن أن يتعجَّل منها دينه، إلا أن يرضى الراهن؛ لأن الأجل حق خالص له إذا نشأت المداينة عن قرض، وحق مشترك بينه وبين المرتهن، إذا نشأت عن بيع. =

لَا يُغَابُ عَلَيْهِ، كالعقَارِ والحيوانِ، فلا ضَمَانَ عليْهِ، إلَّا أن يأتِيَ الرَّاهِنُ ببيِّنَةٍ على تعدِّيهِ(١).

=

• فرع:

والوقت المعتبر في القيمة يوم قبض الرهن على المشهور؛ لأنه اليوم الذي دخل في ضمانه كالمغصوب. فلو كانت قيمته يوم القبض مئة، ثم زادت حتى صارت يوم الهلاك إلى الضعف، أو نقصت حتى صارت إلى النصف، لم يلزمه إلا مئة.

واختلف إذا رؤي عنده بحاله التي قبضه عليها بعد ذلك، فهل يلغى يوم القبض ويعتبر يوم تلك الرؤية في التقويم، أم لا؟ فقيل: لا يلغى؛ إذ لو جاز اعتبار آخر يوم رؤي فيه المرهون على صفته، لكان الواجب اعتبار القيمة يوم التلف دون يوم القبض. وقيل: بل يلغى؛ لأنه يضمنه ضمان تهمة لا ضمان أصالة، وقد ثبت بتلك الرؤية أنه لم يتعد، فكان بمنزلة ما لو قبضه يومئذ.

• فرع:

وإذا قضى الراهنُ الدين أو أبرأه المرتهنُ منه، لم يسقط الضمان عن المرتهن حتى يرد الرهن؛ لعدم تغير صفة القبض بعد القضاء والإبراء. ولأنه لو كانت عليه مئة دينار، فقضاها إلا ديناراً، ثم ضاع الرهن أو هلك، لضمن جميع ما فيه من القيمة، ولو كان للقضاء تأثير في إسقاط الضمان، لوجب أن يضمن منه بقدر ما بقي عليه من الدين. وأيضاً لو كان ضمان الرهن يسقط بأداء الدين، لم يكن مضموناً بقيمته، بل بما فيه من الدين.

إذا ثبت هذا، فإن أحضره بين يدي الراهن أو دعاه إلى ارتجاعه، حين القضاء أو بعده، فأذن له في تركه عنده، كان ذلك بمنزلة قبضٍ جديدٍ؛ يُخرجه عن حكم الرهن إلى حكم الوديعة.

(١) في دعوى الهلاك أو الضياع أو الرد، إلا أن يكون الرَّاهِن قد استوثق ببَيِّنَة على الحيازة، فلا يبرأ المُرْتَهِن في دعوى الرد إلا ببَيِّنَة مثلها، كما سبق في العارية والوديعة.

=

وإذا اشْتَرَطَ المُرْتَهِنُ أنْ لَا يَضْمَنَ حَيْثُ يَلزمُهُ الضَّمَانُ، لم يَنْفَعْهُ شَرْطُهُ[١]، وَإِنْ شَرَطَ أن يَضْمَنَ حَيْثُ لا يَلزَمُهُ، لم يلزَمْهُ الشَّرْطُ.

= وحيث يصدق المرتهن، لم يبرأ إلا بضميمة يمين على ما ذكر من صفة ذهاب الرهن. فإن كان حيواناً فمات، حلف: «**بالله الذي لا إله إلا هو، لقد مات من غير تعدٍّ مني ولا تفريط**». وإن ضاع قال: «**لقد ضاع وما أعلم له موضعاً**».

وقيل: يحلف أيضاً في حال الضمان؛ وذلك حيث ادعى هلاك ما يغاب عليه، أو ضياعه، ولا بينة له، فيحلف: «**بالله الذي لا إله إلا هو، لقد هلك ـ أو ضاع ـ بلا دُلْسَةٍ مني**». أي: بلا إخفاء. لأن الغالب من أحوال الناس، أنهم في أعيان أموالهم أرغبُ منهم في قِيَمها، فيتهم المرتهن على أنه أخفى الرهن لتلزمه القيمة، فيملكه، فأُحلف على براءته من التهمة. والله أعلم.

(١) وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك، وهو المشهور. وقال أشهب فيما رواه ابن البرقي عنه بإعمال الشرط في الوجهين. قال القاضي أبو الوليد في «المنتقى» في القول الأول: وهذا حكم الضمان في سائر العقود؛ إنما يثبت بقبضها، ولا تأثير للشرط في ذلك، وإنما يؤثِّر فيما اختلَف قولُ مالك فيه في محل الضمان، كالمبيع الغائب وما جرى مجرى ذلك؛ لتردد الضمان عنده بين المحلين بأصل العقد؛ فلذلك كان للشرط فيه تأثير. والله أعلم. اهـ.

وجه القول الأول: أنه شرْطٌ ينافي ما يقتضيه مطلق العقد من حكم، فوجب أن لا يصح ولا يفيد، كاشتراط الضمان على المضارب والمستأجر، واشتراط أن لا يباع الرهن في الدين. ولأن الضمان منوط بالتهمة، والشرط لا يرفعها فلا يرفع حكمها.

ووجه القول الثاني: أن اشتراط البراءة من الضمان، لا يُخرج الرهنَ عن حكمه؛ أي كونه وثيقةً لجانب الاستيفاء، فوجب أن يجوز، كما لو اشترط =

فَصْلٌ
في حكم غلة المَرْهُون

وغلَّةُ المَرْهُونِ كنَماءِ بدنِهِ والثِّمارِ المتولِّدةِ منه، وأُجْرتهِ، إذا حدثتْ عند المُرْتَهِنِ فهي على مِلْكِ ربِّها كأصْلِها[1]، ولو اشتَرَطَها

= وضعه على يد عدل. وأشهب لا يسلم أن الضمان منوط بالتهمة، بل عنده يضمن المرتهن، ومثله المستعير، ما يغاب عليه، ضمانَ أصالةٍ لا ضمان تهمة.

واستحسن اللخمي والمازري قصر الخلاف على رهن مشترط في أصل المداينة ببيع أو قرض. أما رهنٌ تطوع به المدين بعد المداينة، فللمرتهن أن يشترط فيه البراءة من الضَّمَان بغير خلاف؛ لأن الرَّاهِن لما تبرع بأصل الرَّهْن، ولزِمَ تبرعُه، فلأن يلزَمَ تبرعُه بوصفه، وهو إسقاط الضَّمَان عن المُرْتهِن، أولى وأحرى. والله أعلم.

(١) لحديث: «**لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**». أخرجه البيهقي بهذا اللفظ من حديث سعيد عن أبي هريرة مرفوعاً. وصححه ابن حبان والحاكم، وأصله في «الموطأ» مرسلاً بلفظ: «**لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ**». قَالَ الحافظ في «التلخيص»: وصحح أبو داود والبزار والدارقطني وابن القطان إرساله، وصحح ابن عبد البر وعبد الحق وصله.اهـ.

وفي الحديث حكمان:

الأول: تحريم غلق الرَّهْن. ومعناه في اللغة: أن يبقى في يد المُرْتَهِن لا يقدر الرَّاهِن على تخليصه، كما قَالَ زهير:

وَفَارقتُكَ بِرَهْنٍ لا فِكَاكَ لَهُ ... يَوْمَ الوَدَاعِ فَأمْسَى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا

يعني: أن قلبه صار مرهوناً بحبها رهناً لا يقدر على فكه.

ومعناه في الحديث: أن يشترط المُرْتَهِن على الرَّاهِن أنه إن جاءه بحقه عند أجله، وإلا فالرَّهْن ملك له في مقابل دينه. بنحو هذا فسره مالك في «الموطأ». ثم قَالَ: فهذا لا يصلح ولا يحل، وهذا الذي نُهي عنه، وإن جاء =

المُرْتَهِنُ في العقْدِ، إلَّا في المنْفَعةِ فيجُوزُ إذا كانتْ معلومَةَ القدْرِ، وكان عقْدُ المداينةِ بيْعاً لا قرْضاً[١]. ولا يُسلَّطُ الرَّاهِنُ على استيفائِها بنفسِه، بلْ يتولَّاها المُرْتَهِنُ له بإذنِهِ؛ لئلَّا تبْطُلَ الحيازةُ بِجَوَلانِ يدِ الرَّاهِنِ على المَرْهُونِ، كما يَتولَّى له إجارَتَهُ وقبْضَ أُجْرَتِهِ إذا كان ممَّا يُؤْجَرُ.

والغلَّةُ بالنَّظرِ إلى حُكْمِها في الرَّهْنِ، على نوْعينِ: نسْلٌ وغيرُ نسْلٍ. فإن كانتْ نسْلاً، كولَدِ الحَيوانِ وفَسِيلِ النَّخْلِ، فهي مرْهُونةٌ مع أَصْلِها، إلَّا أن يستثنِيَها الرَّاهِنُ، سواءٌ كانتْ موجودةً عندَ العقْدِ، أو حدثَتْ بعدَهُ، وإن كانتْ من غيْرِ النَّسْلِ كالثِّمارِ والصُّوفِ واللَّبنِ والبيْضِ والأُجْرةِ، لم تَكُنْ مرهونةً إلَّا أن يَشترِطَها المُرْتَهِنُ[٢].

= صاحبه بالذي رهن به بعد الأجل فهو له، وأرى هذا الشرط منفسخاً. اهـ.

الثاني: قَوْله: «**لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**». قَالَ الباجي في «شرح الموطأ»: معناه عند مالك وأصحابه: له غلته وخراج ظهره وأجرة عمله، وعليه غرمه أي نفقته، وليس يريد به الهلاك والمصيبة؛ لأن الغنم إن كان الخراج والغلة، كان الغرم ما قابل ذلك من النفقة. اهـ.

(١) كما لو باعه سلعة بمئة ألف إلى أجل، ورهنه المشتري داره في الثمن، على أن يسكنها المُرْتَهِن لشهور معلومة، أو أسلمه المئة ألف في سلعة موصوفة إلى أجل معلوم، واشترط المسلِم على المسلَم إليه مثل الشرط السابق، فإنه جائز في المثالين؛ لجواز اجتماع البيع والإجارة، وتكون المئة ألف بعضها ثمناً للسلعة، وبعضها أجرة للسكنى، وإن لم يُسمِّ لكل قِسم قسطه من الجملة، وجائز أن يجتمع البيع والإجارة. أما إذا اقترض منه المئة ألف، واشترط عليه مثل هذا الشرط، فإنه لا يجوز؛ لأن المُرْتَهِن يكون منتفعاً بالرَّهْن في مقابل قرضه الذي أقرضه، وكل قرض جرَّ نفعاً فهو ربا.

(٢) لأن الأصول جارية على أن كل حكم يثبت في العين، لا يثبت في =

فَصْلٌ
في نفقة المَرْهُون

نَفَقَةُ المَرْهُونِ من طعامٍ وكِسوةٍ ومسْكنٍ، وسَائرِ ما يحتاجُ إليه من مُؤَنٍ كالسَّقيِ والحِفظِ والمخْزنِ، على الرَّاهِنِ(١)، فإن أنفَقَ عليه

= نمائها المنفصل، إلا ما استثناه الدليل، كبيع الشجر المثمر لا يتناول الثمرة إلا بالشرط أو العرف، وبيع العبد الذي له مال، أو كتابته أو عتقه لا يتناول ماله، فكذلك يجب أن يكون حكم الغلة في رهن أصلها. وإنما خرج ما كان نسلاً من هذا الأصل؛ لأن حكم الشريعة جرى في كثير من الأحكام، بأن ما يثبت في رقاب الأمهات من الحكم يسري إلى أولادها، كأم الولد فإنها تعتق بالولادة ويعتق معها ولدها، والمدبرة ـ وهي المملوكة التي يعلق مالكُها عِتقَها على موته ـ فإن ولدها يلحقها في العتق، وكذلك المكاتبة ـ وهي التي تبذل لسيدها عوضاً مقسطاً على أقساط ليعتقها ـ فإن ولدها يتبعها في هذا الحكم. فكذلك إذا رُهنت الأم يجب أن يتبعها الولد في الرَّهْن. ولأن الثمرة قد ترهن دون أصلها، بخلاف الجنين فإنه لا يرهن دون أمه. واحتج مالك في «الموطأ» أيضاً بعمل أهل المدينة المتصل، على التفريق بين الثمرة والولد في التبعية للأصل في الرهن. والله أعلم.

(١) لأنه ملكه، فكما له غنمه فكذلك عليه غرمه؛ للحديث السابق: «**لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**». وأما قَوْله ﷺ فيما أخرجه البخاري عن أبي هريرة: «**الرَّهْنُ** ـ وفي رواية: **الظَّهْرُ ـ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً، وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةُ**». فظاهره إباحة ركوب المَرْهُون للمرتهن، واحتلابه بمقابل النفقة، إلا أن هذا الظاهر معارض بأصول مجمع عليها، كتحريم بيع المجهول والغرر وما ليس عند البائع، وتحريم مال المسلم إلا بطيب نفس منه، ويعارضه أيضاً ما رواه ابن عمر مرفوعاً: «**لَا يَحْلُبَنَّ أَحَدٌ مَاشِيَةَ امْرِئٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِ**». أخرجه البخاري. ونظراً لهذه المعارضة ذهب الطحاوي في «مشكل الآثار» وابن عبد البر في «التمهيد»، إلى أن الحديث منسوخ بتحريم الربا. والله أعلم.

المُرْتَهِنُ، فلهُ الرُّجُوعُ على الرَّاهِنِ بمثْلِ نفقتِهِ ولو لم يأْذنْ له[(١)]، وليسَ له أن يخْتصَّ باستيفائِها من المَرْهُونِ، إلَّا أن يُصرِّحَ له الرَّاهِنُ بارتهانِها فيه[(٢)].

---

(١) لأن النفقة من ضرورة حفظ المَرْهُون واستبقائه لتخليص الحق منه عند وجوبه، فكانت بذلك من حق المُرْتَهِن على الرَّاهِن، فإذا لم يقم بها بنفسه أو بوكيله، لم يسع المُرْتَهِن إلا أن ينفق عليه، فإذا لم يكن متبرعاً رجع بمثل ما أنفق على المالك. قَالَ الشيخ خليل في «مختصره»: وَرَجَعَ مُرْتَهِنُهُ بِنَفَقَتِهِ فِي الذِّمَّةِ، وَلَوْ لَمْ يَأْذَنْ، وَلَيْسَ رَهْناً بِهِ، إلَّا أَنْ يُصَرِّحَ بِأَنَّهُ رَهْنٌ بِهَا. اهـ.

(٢) كأن يقول له: أنفق عليه، على أن نفقتك فيه، أو تكون نفقتك مرهونة فيه. وهذا قَوْل ابن القاسم وهو المشهور. وقَالَ أشهب: النفقة على المَرْهُون كالنفقة على الضالة، تكون مرهونة بالعين من غير حاجة إلى اشتراط. ووجه تفريق ابن القاسم بينهما: أن رب الضالة غير معروف لدى الملتقِط، فلا سبيل إلى استئذانه في النفقة أو القضاء عليه بها، بخلاف الرَّاهِن فإنه معروف لدى المُرْتَهِن، فله مطالبته بالنفقة، فإن امتنع أو كان غائباً رفعه إلى الحاكم. فلما أنفق المرتهن من غير إذن، أو استأذن ولم يشترط أن يستوفيها من المنفق عليه، كانت ديناً في ذمة الرَّاهِن كسائر الديون المطلقة، ولم تتعلق في المَرْهُون.

وإذا أنفق المُرْتَهِن مع شرط ارتهانها فيه على المشهور، أو مطلقاً على قَوْل أشهب، فإن دين النفقة، يقدم في الاستيفاء من الثمن على الدَّيْن الأصلي. فإذا كانت النفقة مئة مثلاً، والدَّيْن الأصلي مئتين، وكان الثمن ثمانين، جعل الثمانين في النفقة وسقط الباقي منها وهو عشرون، ويبقى الدَّيْن الأصلي متعلقاً بذمة الرَّاهِن. وإن كان الثمن مئتين، جعلت مئة في النفقة، والمئة الفاضلة في الدَّيْن، وتبقى مئة منه في الذِّمَّة. وعلى هذا المثال تحمل جميع الأحوال.

فَصْلٌ
في ما يبطل به الرَّهْن

يبْطلُ الرَّهْنُ بعدَّةِ أسبابٍ؛ **أحدُها**: إذا انعقدَ مقرُوناً بشرْطٍ يُنافِي مقْتضاهُ، كاشْتراطِ الرَّاهِنِ استبقاءَه في حَوْزه أو حوْزِ وكيلِهِ، أو أن لا يُباعَ في الدَّيْنِ إذا وجبَ. **والثَّاني**: فسادُ عقْدِ المداينَةِ الذي اشتُرِطَ فيه(١). **والثَّالثُ**: حدوثُ مانِعٍ بالرَّاهِنِ قبْلَ حوْزِ المَرْهُونِ، من موْتٍ أو مرَضٍ مُتَّصلٍ به، أو فَلَسٍ(٢). **والرَّابعُ**: إذْنُ المُرْتَهِنِ

---

(١) كمن يبيع بيعاً بثمن مؤجَّل، ويكون فاسداً لاشتماله على غرر أو جهالة أو ربا، أو نحو ذلك من أسباب الفساد، أو يقترض قرضاً فاسداً لاشتماله على شرط القضاء بالأفضل أو بأكثر، فإن العقد يكون مستوجِباً للفسخ لحق الشرع، فيجب رد الدَّيْن، ويكون الرَّهْن به رهناً بما لا يجوز أن يبقى في الذِّمَّة، فيبطل.

وسبق في كتاب البيوع أن علماءنا يفرقون في الحكم، بين بيع مجمع على فساده، فيوجبون فسخه بكل حالٍ، وبين بيع مختلف فيه اختلافاً مذهبيّاً أو عالياً، فيصححونه بالثمن المسمى مراعاة للخلاف فيه، إذا قبضه المشتري، وفات عنده حقيقة بهلاك أو استهلاك أو بتغير سوقه أو بدنه، أو تعلق به حق الغير. فيشرعُ الرَّهْن لتوثيق ثمنه إذ ذاك. أما المبيع بيعاً مجمعاً على فساده، إذا فات بيد المشتري، فهو مضمون بقيمته، فيشرع الرَّهْن لتوثيقها.

(٢) فإن الرَّهْن يبطل؛ لأن هذه الأسباب إذا حدثت تعلق حق الورثة والغرماء بجميع المال، ولم يجز أن يختص بعضهم ببعضه دون البعض الآخر، ولا يقَال: إن المُرْتَهِن يختص بالرَّهْن لوجود العقد؛ فإن الاختصاص إنما يُستحَق بانضمام الحيازة إلى العقد، لا بمجرده؛ لظاهر قَوْله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ولا يختلف الحكم بين كون المُرْتَهِن قبل ذلك، جادّاً في طلب الحيازة أو متراخياً فيها، خلافاً لما حكاه القاضي عبد الوهاب في «المعونة».

للرَّاهِنِ أن يسْكُنَ الدَّارَ المَرْهُونةَ أو يتولَّى إجارتَها بنفسِهِ[١].

والخامِسُ: بيْعُ الرَّاهِنِ له بنَاءً على إذْنِ المُرْتَهِنِ في ذلك، فيبْطلُ الرَّهْنُ إلَّا أن يدَّعِيَ المُرْتَهِنُ أنّهُ إنما أذنَ لهُ في البيْعِ ليأتيَهُ بثَمَنِهِ[٢].

والسّادسُ: عوْدتُه إلى يدِ الرَّاهِنِ باختيارِ المُرْتَهِنِ[٣].

فَصْلٌ
في انتهاء الرَّهْن

ينتهِي الرَّهْنُ الصَّحيحُ بهلاكِ المَرْهُونِ بآفةٍ سماويةٍ، أو بفِكاكهِ أو بيْعِهِ بيعاً نافِذاً. فأمَّا الفِكاكُ؛ فلا يَستحِقُّه الرَّاهِنُ إلَّا بفراغِ ذمَّتهِ

---

(١) فإن ذلك يبطل رهنها، سواء فعل الرَّاهِن ما أذن له فيه أم لا. ففي «تهذيب المدونة»: لو أذِنَ المُرْتَهِنُ للرَّاهِنِ أن يَسكُنَ أو يُكرِيَ، فقد خرجت الدارُ من الرَّهْنِ، وإن لم يَسكُنْ أو يُكرِ.اهـ. والظاهر أن سائر الأعيان كالدار في الحكم؛ لما في ذلك من الإذن في فعل يبطل الحيازة.

(٢) فيصدق بيمينه، ويجعل الثمن رهناً مكان مثمونه. وليس مجرد الإذن في البيع بمبطل للرهن؛ لأنه ليس إذناً في إسقاط الحيازة، بخلاف الإذن في السكنى، فإذا لم يبعه الرَّاهِن أو يتسلمه من المُرْتَهِن، فله الرُّجُوع في الإذن والتمادي على ارتهانه.

(٣) كأن يودعه عنده أو يعيره إياه، فيبطل الرَّهْن؛ لقَوْله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]. وهذا قد أسقط القبض عن الرَّهْن برده إلى صاحبه، فوجب أن يسقط حكمه، كما لو اتفقا على استبقائه بيد الرَّاهِن ابتداء. أما لو تسلط عليه الرَّاهِن بغصب ونحوه، فلا يبطل الرَّهْن بذلك، فللمرتهن رده بالقضاء، ولو مات الرَّاهِن أو فلس، أو هلك الرَّهْن عنده قبل تمكن المُرْتَهِن من الرد، فيجب رد القيمة في حال الهلاك، وجعلها رهناً بدل أصلها، أو الإتيان برهن آخر يرضى به.

من جميعِ الدَّيْنِ بقضائِهِ أو الإبراءِ منه، فإن بقِيَ منه شَيْءٌ كان مَرْهُوناً بجميعِ العَيْنِ(١).

وأما بيْعُ الرَّهْنِ؛ فهو المقصودُ من التَّوثُّقِ(٢)، وليس للمُرْتَهِنِ بيْعُه من غيْرِ إذْنِ رَبِّهِ، بلْ إمَّا أن يبيعَهُ الرَّاهِنُ، وإمَّا أن يُباعَ بإذْنِهِ وحُضورِهِ، أو بإذْنِ الحاكِمِ في حالِ غيابِه أو موْتِه أو امتنَاعِهِ.

وإذا باعَهُ الرَّاهِنُ لم يخْلُ من أن يَبِيعَهُ قبْلَ أن يصِيرَ إلى يدِ المُرْتَهِنِ، أو بعدَه. فأمّا بيْعُه قبْلَ القبْضِ، فلا يجُوزُ ابتداءً، غيرَ أنه

---

(١) قَالَ ابن المنذر في «الإشراف»: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم، على أن من رهن شيئاً بمال، فأدى بعض المال، وأراد إخراج بعض الرَّهْن، أن ذلك ليس له، ولا يُخرج من الرهن شيئاً حتى يوفيه آخر حقه، أو يبرئه من ذلك. اهـ.

(٢) وذلك أن للدين جانبين يمكن التَّوثُّق لهما: جانب الوجوب، وجانب الاستيفاء.

أما التَّوثُّق لجانب الوجوب؛ فهو إثباته بالكتابة أو الإشهاد خشية أن يجحده المدين أو ينكره وارثه، وقد أرشد الله ﷻ إلى هذا التَّوثُّق بقَوْله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ إلى قَوْله: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وأما التَّوثُّق لجانب الاستيفاء؛ فهو ما يشترطه الدائن على المدين من رهن أو كفيل. فأما الكفيل فيتعلق الحق بذمته على شروط وصفة ستأتي في باب الكفالة. وأما الرَّهْن فيتعلق الحق بماليته وليس بعينه، فليس للمرتهن أن يأخذه في دينه بغير رضا الرَّاهِن؛ للحديث المتقدم: «**لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ**». وإنما يستحق عليه بيعه في حال العجز والمطل، ليستوفي الدَّيْن من ثمنه، فيكون البيع وسيلة إلى تحصيل حقه.

ينفذُ ويسقُطُ حُكْمُ الرَّهْنِ عنهُ، ما لم يكُن المُرْتَهِنُ جادّاً في طلبِ الحيازَةِ قبْلَ البيْعِ[(١)].

وأمَّا بيْعُه بعدَ أن يقبِضَهُ المُرْتَهِنُ؛ فلهُ حالتانِ:

إحداهُما: أن يبِيعَهُ بمثْلِ الدَّيْنِ فأكْثرَ، فينفذُ البيْعُ ويُعجَّلُ الدَّيْنُ.

والثانيةُ: أن يبِيعَهُ بأقَلَّ منه، فللمُرْتَهِنِ ردُّ البيْعِ، إلَّا أن يُكمِلَ له المدِينُ ما نَقَصَهُ من ديْنِهِ عن الثَّمَنِ[(٢)]. فإن أجازَ البيْعَ، تعَجَّلَ ديْنَه من الثَّمنِ، وتَبِعَ المدِينَ بباقِيهِ.

---

(١) وهذا الحكم يرجع في أصله إلى أن المالك ليس له بيع ما رهنه إلا بإذن المُرْتَهِن أو بعد حلول أجل الدَّيْن. فإن فعل قبل ذلك كان متعدياً في الجملة؛ لما فيه من إبطال حق المُرْتَهِن في القبض والاحتباس لحين حلول الدَّيْن. غير أن المُرْتَهِن لا يستحق فسخ البيع في جميع الأحوال، بل يفصل على نحو ما أوضحت في الأصل.

وإنما جاز البيع وسقط حكم الرَّهْن إذا كان المُرْتَهِن متراخياً في طلب الحيازة قبل ذلك؛ لأن تراخيه بمنزلة الإعراض عن إتمام الرَّهْن، فوجب أن ينفذ تصرف الرَّاهِن فيه ويسقط حكمه، بخلاف ما إذا كان المُرْتَهِن جاداً في الطلب، فإن تفويته بالبيع يوجب حق الفسخ ورده للرهن، إلا أن يفوت بيد المشتري، فيجعل الثمن رهناً مكانه. وبه قَالَ ابن القصار وابن رشد. وقَالَ أبو محمد ابن أبي زيد: ليس له إلا جعل الثمن رهناً مكان أصله ولا يفسخ البيع؛ لأن حق المُرْتَهِن يتعلق بالثمن في الجملة، وقد مُكِّن منه فلم يفت بالبيع. وقيل: للمرتهن الدائن فسخ عقد المداينة من بيع أو سلم أو قرض، ويسترد عين ما كان قد دفع للمدين، فإن فاتت العين بتصرف أو استهلاك، استرد المثل في المثلي والقيمة في المقوم.

(٢) وجملة القول فيه: أن من رهن شيئاً في دين عليه، ثم أراد بيعه، لم يخلُ من أن يبيعه قبل قبضه من المرتهن أو العدل، أو بعده.

= فإن باعه قبل قبضه، فالبيع ماضٍ ويبطل الرهن فيه، إلا أن يكون المرتهن جادّاً قبل ذلك في طلبه، ففيه قولان؛ أحدهما كما لو لم يكن جادّاً، والثاني كما لو باعه بعد القبض.

وإن باعه بعد أن قبضه المرتهن أو العدل الذي وضع تحت يده، فالبيع صحيح في الجملة، إلا أن لزومه موقوف في بعض صوره على خيار المرتهن، كما أسلفت في كتاب البيوع. قال الشيخ خليل: وَوُقِفَ مَرْهُونٌ عَلَى رِضَا مُرْتَهِنِهِ.

وبيان ذلك على التفصيل أن ينظر إلى مبلغ الثمن وجنسه:

فإن كان ثمن الرهن مجانساً للدين، ومساوياً له في المبلغ، أو زائداً عليه، مثل أن يكون الدَّيْنُ ألف دينار، والثمن ألفين، فالبيع لازم للمرتهن، ويلزم الراهن تعجيل الدين له؛ لأنه لما تعجل بيع المَرْهُونِ، فقد رضي بإسقاط حقه في الأجل.

وإن كان الثمن أقل من الدَّينِ، فللمرتهن إجازة البيع ورده؛ لتعلق حقه بالمرهون، وإن كان هذا الحق يستوفى بطريق البيع على كل حال، إلا أن ثمنه قد يكون أكثر عند الأجل. فإن أجاز البيع، فله مطالبة الراهن بتعجيل حقه له في الحال، بعد أن يحلف أنه لم يجزه إسقاطاً لحقه في الارتهان، بل لتعجل دينه. ولهذا المعنى إذا عجل له الراهن تمام حقه، فلا كلام له في بيع المرهون.

وإن كان الثمن مختلفاً في جنسه عن الدَّيْنِ، مثل أن يكون الثمن دنانير والدين عرْضاً من العروض، فُرِّق في الحكم بين دينٍ نشأ عن تبايع، ودينٍ نشأ عن اقتراضٍ.

فإن كان العرض الثابت في الذمة ناشئاً عن تبايع، فللمرتهن فسخ البيع في المرهون بكل حالٍ، مثل أن يُسلم رجلٌ لرجلٍ ألف دينار في قنطار من القطن المصري إلى ثلاثة أشهر، ويرتهن منه سيارة له، ثم يبيع الراهن السيارة قبل محل الأجل، فللدائن رد البيع قلَّ الثمن أو كثر؛ لأن المدين لو عجل له ما في ذمته من القطن، لم يلزمه القبضُ حتى يحل الأجل. =

وأمَّا المُرْتَهِنُ والعَدْلُ، فليس لهما أن يَبِيعا المَرْهُونَ إلَّا بتوْكيلِ الرَّاهِنِ، أو إذْنِ الحاكِمِ في حالِ التَّعذُّرِ(١).

= وذلك أن الدين الثابت في الذمة، إذا كان من غير النقود، وكان ناشئاً عن اقتراض، فالأجل فيه حق خالص للمدين، فإذا أسقطه بقضاء الدين قبل أجله، لزم الدائن قبضه، وإن كان ناشئاً عن تبايع، فالحق مشترك بينهما، فإن أسقطه المدين، لم يسقط من جانب الدائن، فلم يلزمه القبض. ففي «تهذيب البراذعي» في كتاب السلم الثاني: وإن كان لك على رجل طعام من سلَم، فأتاك به قبل الأجل، لم تُجبر على أخذه، ولو كان من قرضٍ، جبرت على أخذه. وفي كتاب المديان: وإن كان لك على رجلٍ دَيْن دنانيرُ أو دراهمُ إلى أجل، فعجلها لك قبل الأجل، أُجبرتَ على أخذها، كانت من بيع أو قرض. ولو كان دينُك عرْضاً أو طعَاماً أو حيواناً من قرض، فعجله لك قبل الأجلِ، أُجبرتَ على أخذه، ولو كان ذلك من بيع لم تجبر على أخذه قبل الأجل. اهـ.

وإن كان العرْض الثابت في الذمة ناشئاً عن اقتراض، مثل أن يكون إردبّاً من بر، أو زقّاً من زيت، فباع الراهن الرهن قبل الأجل، ووفاه الدين، لزمه قبوله ولا كلام له في البيع؛ للمعنى الذي ذكرناه آنفاً. وإن لم يوفِّه دينه، فله فسخ البيع قل الثمن أو كثر، أو إمضاؤه والمطالبة بالدين في الحال، إذا حلف أنه ما أمضاه إلا لتعجل دينه؛ للمعنى الذي ذكرناه في حال تجانس الدين والثمن.

(١) وذلك أن عقد الرَّهْن لا يقتضي الإذن بالبيع؛ لا للمرتهن ولا للعدل. أما المُرْتَهِن؛ فلأن حقه في الرَّهْن إنما ينحصر في الاحتباس، واستيفاء الدَّيْن من مالية المَرْهُون، وأما العدل فلأنه وكيل عن المُرْتَهِن في الاحتباس، ووكيل عن الرَّاهِن في الحفظ كالوديع، فليس لأحد منهما ولاية البيع، إلا بتوكيل من الرَّاهِن، فإن حلَّ الأجل ولم يكن الرَّاهِن قد أذن في بيعه لمن هو بيده، فللمرتهن مطالبة الرَّاهِن بالوفاء أو البيع أو التوكيل به، فإن أبى أو كان غائباً تتعذر مطالبته، رفعه إلى الحاكم، فإن أتى ببيِّنَة على ثبوت الدَّيْن =

فَصْلٌ
في التنازع

إذا تنازَعَ اثنانِ في عيْنٍ مقبُوضةٍ لأحدِهما من الآخَرِ، فقَالَ رَبُّها: وديعةٌ أو عاريَّةٌ، وقَالَ من هي في يدِهِ: بلْ رَهْنٌ، فالقَوْلُ قَوْلُ رَبِّها[١]. وإذا اتَّفقا على أصْلِ الرَّهْنِ، وتنازَعَا في صفتِهِ، فقَالَ الرَّاهِنُ: هي رَهْنٌ في الدَّيْنِ الفُلانِيِّ، وقَالَ المُرْتَهِنُ: بلْ في الدَّيْنِ الفُلانِيِّ، فإنهما يَتَحَالفانِ ويُوَزَّعُ الرَّهْنُ بيْنَهما[٢].

وإن تَنَازَعَا في ردِّهِ، فالقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ، إن كانَ المَرْهُونُ من جنْسِ ما يضْمَنُه المُرْتَهِنُ، وقَوْلُ المُرْتَهِنِ إن كانَ من غيْرِهِ[٣].

= وغيبة المدين، قضى له بالإذن في البيع، وإن كان المدين حاضراً، أمره بالبيع فإن أبى باع عنه أو وكل المُرْتَهِن بذلك.

(١) وذلك أن ربها يقر بقَوْل القابض في أنها مقبوضة عنده بإذنه، وإنما ينكر عليه ما يدعيه من الوصف الزائد؛ بكونها غير مستحَقة الرد بتعلق دين بعينها، والقاعدة في الدعوى أن: البَيِّنَة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

(٢) فيكون نصفه رهناً بأحد الدَّيْنين، والنصف الآخر رهناً بالآخر. وإنما حُكم بتحالفهما، دون ترجيح من جانب صفة الدَّيْنين، كأن يكون أحدهما قد حلَّ دون الآخر، أو كان أجله أقرب، فلا اعتبار بذلك؛ لأن أحدهما ليس بأولى أن يصدق من الآخر. وصفة اليمين: أن يحلف كل واحد على تحقيق دعواه، ونفي دعوى صاحبه. فإن تناكلا فالحكم كما لو تحالفا، وإن نكل أحدهما دون الآخر، قضي للحالف على الناكل.

(٣) وقاعدة هذا الباب: أن المال المقبوض لك من صاحبه، إذا كان مضموناً عليك ضمان تهمة، كالمستصنع والمستعار والمرهون، لم تبرأ في دعوى رده إلا ببينة؛ لأنك لو برئت بغير بينة، لكان لك سبيل إلى إسقاط =

وإذَا هَلَكَ الرَّهْنُ مضْمُوناً علَى مُرْتَهِنِهِ، أو ضَاعَ، فاخْتَلفَا في قِيمَتِهِ، تَوَاصفَاهُ، فإن اتَّفقَ وَصْفُهُمَا، وإلَّا حَلَفَ المُرْتَهِنُ علَى ما وَصَفَ، ثُمَّ قُوِّمَ وغَرِمَ للرَّاهِنِ ما فَضَلَ عن دَيْنِهِ من قِيمةِ الرَّهْنِ. فإن اخْتَلَفَا في قَدْرِ الدَّيْنِ، فالرَّهْنُ كالشَّاهِدِ علَى قَدْرِه إلى مُنْتَهى قِيمَتِهِ. وإنْ تَجَاهَلَا الصِّفَةَ، ذَهَبَ الرَّهْنُ بِمَا فِيه مِنَ الدَّيْنِ[1].

= ما عليك من ضمانه، إذا ضاع منك أو هلك وأعوزتك البينة التي تبرئك، بأن تدعي رده على صاحبه. وأما إذا كان مضموناً على صاحبه، كالوديعة والبضاعة والقراض والعين المستأجرة، فإنك تبرأ في دعوى رده بيمينك؛ لأنك لو شئت لادعيت تلفه أو ضياعه، فبرئت، ما لم يكن ربه استوثق منك لدى القبض ببينة، فلا تبرأ عند الرد إلا ببينة مثلها، كما أسلفت في باب الوديعة. قال ابن رشد في «البيان» في أول شرح سماع عيسى عن ابن القاسم من كتاب «الرواحل والدواب»: وما كان من ذلك يصدق فيه في دعوى التلف من الوديعة والبضاعة والقراض والشيء المستأجر، وما لا يغاب عليه من الرهون والعواري، فالقول فيه قوله، في دعوى الرد مع يمينه، إلا أن يكون قبضه ببينة. اهـ.

(١) وهذه الجملة تناولت ثلاث مسائل.

إحداها: أن القول قول المرتهن عند الاختلاف في صفة الرهن.

والثانية: أن الرهن شاهد على مبلغ الدين عند الاختلاف، إلى تمام قيمته.

والثالثة: أن الرهن يذهب بما فيه من الدين عند الجهل بصفته.

وتفصيل هذه المسائل:

أن الرهن إذا تلف أو ضاع في يد المُرْتَهِن على وجه يلزمه ضمانه، كما لو تعدَّى عليه، أو كان مما يغاب عليه، ولا بينة له على التلف والضياع، سألهما القاضي عن قيمته، فإن اتفقا على شيء قضى به، وإن اختلفا أمر المرتَهِن بوصفه، فإن صدقه الراهن، قومه أهل الخبرة على تلك الصفة. وإن كذبه وذكر صفة أعلى، تقتضي زيادة في الغرم، ككونه أكثر أو أجود، أُحلف =

= المرتهن على ما وصف، ثم قُوم على صفته؛ لأنه أقر بالقدر المتفق عليه من صفة الرهن، وأنكر الزيادة التي يدعيها الراهن بغير بينة، والأصل براءته منها.

ثم إن اتفقا على قدر الدَّيْن، وكانت القيمة أكثر مما رُهِنَ به، قيل للمرتهن: اردد إلى الراهن بقية حقه، وإن كانت القيمة أقل مما رُهِنَ به، أخذ المرتهن بقية حقه من الراهن، وإن كانت القيمة بقدر حقه، فالرهن بما فيه. نص على جملة هذا المعنى في جامع الرهون من «الموطأ».

وإن اختلفا في قدْرِ الدَّيْن، فالقياس أن يُصدق الراهنُ، كما لو تجرد الدَّيْنُ عن الرهن؛ لأن المرتهن يدعي عليه زيادة وهو ينكرها. وإليه مال ابن عبد البر في «الاستذكار». والاستحسان أن القولَ قولُ المرتهن إلى منتهى ما تبلغُه قيمةُ الرهن، على الصفة التي وصفها؛ لأن المدين يصدق على الدائن في مبلغ الدين، عند عدم البينة. وهاهنا وجد شاهد معنوي عرفي تترجح به جنبة المرتهن، وهو الرهن، فإذا حلف على قوله مع شاهده، كانت بينة كاملة يقضى بها له.

ومما يبين أن الرهن شاهد لقول المرتهن، أنه مال مقبوض لاستيفاء الحق منه عند التعذر، وذلك يقتضي أن الدين متقدر بقدره في الجملة؛ ألا ترى أن الرجل ـ في الغالب الأعم ـ لا يرهن في مئة ما قيمته ألف، ولا يرتهن فيها ما قيمته خمسون؟ بل لا يرضى من الرهون إلا ما فيه وفاء لدينه وزيادة، ويجتهد الآخر أن لا يعطيه إلا ما تكون الزيادة فيه قليلة، كتجاذب المتبايعين فيما بين قيمة السلعة وثمنها، حتى يتقاربا.

إذا ثبت هذا، فإن المدين إذا أعطى رهناً فيما عليه، فذلك كالإقرار منه على أن الدين قد يساوي قيمة الرهن، لكنه لا يزيد عليها. فوجب إذا ادعى المرتهنُ مبلغاً يساويها أو دونها، أن يُصدَّق عليه مع يمينه، بخلاف ما إذا ادعى أكثر منها.

فإذا كانت القيمةُ مئةً وخمسين، وقال الراهن: الدينُ مئة، وقال المرتهن: بل مئة وعشرون، حلف المرتهن على ما قال، وغرم لصاحبه الزيادة إلى تمام قيمة رهنه، وهي هنا ثلاثون. وإن قال: الدينُ مئةٌ وسبعون، لم يلزم =

....

= الراهنَ غرْمُ الزيادة على قيمةِ رهنِه، وهي هنا عشرون، إلا أن يُستحلَف على إنكارها فيَنْكُلُ عن اليمين.

ونص مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ على جملة هذا المعنى مختصراً، في القضاء في الرهن من الحيوان من «الموطأ»، إلا أنه قال: أُحْلِفَ الرَّاهِنُ علَى مَا سَمَّى المُرتهنُ. ولم يتبين لي حقيقة معناه! ووقع في «المدونة»: فإن ادعى ـ يعني المرتهن ـ أكثرَ من قيمة الرهنِ الآنَ، لم يُصدق فيما زاد عليها، وحلف الراهنُ على ما قال، فإن حلف فإنما يبرأ من الزيادة على قيمة الرهن.اهـ. من «التهذيب».

● **فرع:**

وإذا سمى الراهن مبلغاً أكثر من القيمة، كمئة وستين في المثال السابق، فالقول قوله مع يمينه، ويغرم للمرتهن ما زاد على القيمة إلى تمام ما سمى، وهو هاهنا عشرة؛ لأنه أقر بالزيادة على القيمة، وأنكر الزيادة التي زادها المرتهن على ما سمى. وهو القياس.

● **فرع:**

ويتفرع على ما تقدم أنهما لو اتفقا على أن الدين مئتان، واختلفا فقال المرتهن: ارتهنته منك في المئتين، وقال الراهن: بل في مئة فقط، فالقول قول المرتهن إلى مبلغ قيمة الرهن، فإن لم يساوِ إلا مئة وخمسين، فعجل له الراهنُ من دينه مئة وخمسين، فله أخذ رهنِه إذا كان قائماً، وتبقى خمسون بغير رهن.

● **فرع:**

وإن جهل الراهنُ والمرتهنُ قيمةَ الرهن وصِفتَه، فهو بما فيه من الدين، فلا يرجع أحدهما على الآخر بشيء. وهو قول الفقهاء السبعة المدنيين؛ رواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» بسنده إلى أبي الزناد عنهم، أنهم قالوا: الرهنُ بما فيه، إذا هلك وعُمِّيت قيمتُه. قال: ويرفَعُ ذلك منهم الثقةُ إلى النبي ﷺ.اهـ. ولأن القيمة التي تلزمُ المرتهنَ مجهولةٌ، لا سبيل إلى معرفتها إلا من طريق الاعتبار، ولا أصلَ تعتبر به أقربُ من الدَّيْنِ، فيحكم القاضي بجعلها مساوية له، فيبرأ كل واحد منهما مما له قِبَل صاحبه. =

....

= ولا فرق بين أن يتفقا على مبلغ الدين، أو يختلفا فيه؛ لأنهما إن اختلفا صدق الراهن بيمينه، ثم يكون الرهن بما فيه. والله أعلم.

● فرع:

وإذا كان الرهن قائماً، قُوِّم ثم نُظر إلى ما ادعى المرتهن من مبلغ الدين، فيحلف عليه ويلزمُ الراهنَ أداؤه له، ما لم يزد على قيمة الرهن، فيحلف الراهنُ ويؤدي مبلغ قيمته، ويبرأ من الزيادة، ويأخذ الرهنَ إن أحب، وإلا فليس له أخذه.

والوقت المعتبر في القيمة يوم الحكم، إن كان الرهن قائماً. واختلف إن كان هالكاً على ثلاثة أقوال؛ فقيل: يوم الارتهان، وقيل: يوم القبض، وقيل: يوم الهلاك.

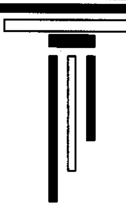
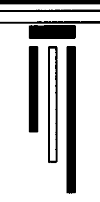
فوجه الأول: أنه الوقت الذي ينظر فيه الراهنُ والمرتهنُ إلى مبلغ القيمة من مبلغ الدين. ووجه الثاني: أنه اليوم الذي يستقر فيه الحكم على الرهن، ويدخل في ضمان المرتهن. ووجه الثالث: أن الرهن كان شاهداً بصورته ومعناه إلى يوم الحكم في حال القيام، وإلى يوم الهلاك في الحال الأخرى، ثم تعذرت شهادة الصورة بالهلاك، وبقيت شهادة المعنى في القيمة، وذلك يقتضي أن ينظر إليها يوم استقلت بالشهادة. والله أعلم.

● فرع:

وإذا لم يكن الرهن مضموناً على المرتهن؛ إما لأنه وُضع على يد عدل، أو لأنه مما لا يغاب عليه، أو لقيام بينة للمرتهن تبرئه من التعدي، واختلفا على مبلغ الدين، فقال ابن المواز: يكون شاهداً للمرتهن بقدر الدين إلى مبلغ قيمته، كالمضمون عليه. فطرد الاستحسان فيه. وقال أصبغ: لا يكون شاهداً، قائماً كان أو هالكاً، فالقولُ قولُ الراهن مطلقاً مع يمينه، كالاختلاف في دين غير مرهون؛ لأنه إما مقبوض له غير مضمون عليه، فأشبه الوديعة، وإما غير مقبوض له غير مضمون عليه، فأشبه غير المرهون. فطرد فيه القياس. وقدح الباجي فيه بالنقض.

ورغم ضعف وجه قول أصبغ، إلا أنه المعتمد في المذهب. قال ابن شاس: والرهن كشاهد للمرتهن، إلا أنه لا يشهد إلا على نفسه، لا على ذمة الراهن؛ ولذلك لا يشهد ما هلك في ضمان الراهن من الرهان.اهـ. مختصراً.



باب الضمان

الضَّمَانُ(١): الْتِزَامُ أداءِ دَيْنٍ على الغَيْرِ، أو إحْضارِ المدِينِ

---

(١) ويسمى أيضاً: حمالة وكَفَالَة وقَبَالة وزَعامة. فالضمين والحَميلُ والكَفِيل والقَبيلُ والزعيم بمعنى واحد. **ومعناه في اللغة**: مطلق الالْتِزَام لشيء من الأشياء، كقولك: أنا كَفِيل بمشي عشرة أميال كل يوم، أو أنا زعيم بألف دينار لمن بشرني بشفاء ولدي؛ أي: ملتزم لذلك. وقول بعض المصنفين في الفقه: إن الضمان مأخوذ من الضم، لا وجه له فيما أعلم؛ لأن أصل الضمان: (ض م ن)، وأصل الضم: (ض م م). قال ابن فارس في «معجم مقاييس اللغة»: الضاد والميم أصل واحد يدل على ملاءمة بين شيئين. وقال: الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه. اهـ.

ومعنى الضمان في العرف الفقهي: الْتِزَام يختص بما ذكرته في الأصل.

وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب؛ فقوله تعالى حكاية عن منادي يوسف ﷺ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢]. أي: كَفِيل. وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يدل شرعنا على خلافه.

وأما السنة؛ فقوله ﷺ: «**الزَّعِيمُ غَارِمٌ**». وهي جملة من حديث طويل أخرجه أبو داود والترمذي عن أبي أمامة الباهلي. قال الترمذي في كتاب الوصايا: وهو حديث حسن صحيح. اهـ. وصححه ابن حبان أيضاً. وعن سلمة بن الأكوع، قال: كنا جلوساً عند النبي ﷺ، إذ أُتي بجنازة، فقالوا: صلِّ عليها. فقال: «**هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟**» قالوا: لا. قال: «**فَهَلْ تَرَكَ شَيْئاً؟**» قالوا: لا. فصلى عليه. ثم أُتي بجنازة أخرى، فقالوا: يا رسول الله صلِّ عليها. =

وتسْليمِه للدَّائنِ، ليَتمكَّنَ من استيفاءِ حقِّهِ منه، أو الْتِزَامُ طلبِهِ دونَ الإتيانِ بهِ[1].

وأرْكانُه خمْسةٌ: الضَّامِنُ، والمَضْمُونُ له وهو الدَّائنُ، والمَضْمُونُ عنه وهو المدِينُ، والمَضْمُونُ به وهو الدَّيْنُ، والصِّيغةُ؛ وهي كلُّ ما دلَّ على معناهُ من لفْظٍ أو كِتابَةٍ أو إشارَةٍ[2].

= قال: «**هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟**» قيل: نعم. قال: «**فَهَلْ تَرَكَ شَيْئاً؟**» قالوا: ثلاثة دنانير. فصلى عليها. ثم أُتي بالثالثة، فقالوا: صلِّ عليها. قال: «**هَلْ تَرَكَ شَيْئاً؟**» قالوا: لا. قال: «**فَهَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟**» قالوا: ثلاثة دنانير. قال: «**صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ**». قال أبو قتادة: صلِّ عليه يا رسول الله، وعليَّ دينه. فصلى عليه. أخرجه البخاري. وفيه دليل أيضاً على جواز الحمالة عن الميت المعسر.

وأما الإجماع؛ فقد قال ابن قدامة في «المغني»: أجمع المسلمون على جواز الضَّمَان في الجملة، وإنما اختلفوا في فروع.اهـ.

(١) فالضَّمَان عند علمائنا على ثلاثة أقسام: ضمان المال، وضمان الوجه ـ ويسمى أيضاً: الكَفَالَة بالوجه أو بالبدن ـ وضمان الطلب.

(٢) كقول الضَّامِن: تحملت بدين فلان، أو تكفلت بما عليه من الحق. فينعقد ويكون ضماناً لنفس الدَّيْن. فإذا قال: تحملت بوجه فلان، أو ببدنه، أو رأسه أو يده ونحو ذلك، فهي كَفَالَة بوجهه، فيلزمه إحضاره. وإذا قال: أنا كَفِيل بطلبه، أو ليس علي إلا طلبه، فهو ضمان طلب.

وإذا قال: أنا حميل لك، أو زعيم أو كَفِيل أو ضامن، ونحو ذلك من الألفاظ التي تحتمل ضمان المال والبدن، فإنه ينعقد ويلزم، ويرجع في تفسير مقصوده إلى نية الضَّامِن وقصده؛ لأن اللفظ يحتمل الأمرين من غير مرجِّح من جهته، فوجب الرجوع في ذلك إلى نية الضَّامِن؛ لأنه هو الأعلم بقصده. قال ابن القاسم في «المدونة»: إذا قال: أنا ضامن لك، أو حميل أو قبيل أو زعيم، أو هو لك عندي أو علي أو إلي أو قِبَلي، فهذا كله ضمان لازم. وإن كان في هذه الوجوه كلها يريد الحقَّ، فهو لازم، وإن كان يريد الرَّجُلَ فهو لازم.اهـ. باختصار.

فَصْلٌ
في الضَّامِنِ والمَضْمُون عنه

وشرطُ الضَّامِنِ أن يكونَ من أهْلِ التَّبَرُّعِ، وهو البالِغُ العاقِلُ، المطْلقُ التَّصَّرفِ في مالِهِ. فلا ينْعقدُ من الصَّغيرِ ولا المجنُونِ ولا المحجُورِ عليهِ لسفَهٍ، وليس لأوليائِهِم أن يضْمنُوا شيْئاً من الدُّيونِ في أموالِهم. وإذا ضمِنتِ الزَّوجةُ أو المريضُ، فيما زادَ على ثلثِ مَالَيْهما، فللزَّوْجِ والوارثِ ردُّهُ(١).

---

(١) وإنما كان كذلك لأن الضَّمَان يصنف في التَّبَرُّعات دون المعاوضات، فلذلك اشترط في الضَّامِن أهلية التَّبَرُّع، وهي في الزوجة والمريض محدودة بثلث ما يملكان.

أما الزوجة فلتعلق حق زوجها بمالها على الجملة، كما سبق في أول باب الهبة. فإذا ضمنت ديناً على غير زوجها، صح ضمانها في الجملة، ثم ينظر فإن كان الدَّيْن المضمون لا يتجاوز ثلث قيمة ما تملك، نفذ الضَّمَان، وإن زاد على ذلك زيادة بيِّنة فللزوج فسخه كله، وإجازته كله أو بعضه.

وأما المريض؛ فإنه إذا ضمن ديناً يتجاوز في مبلغه ثلث قيمة أملاكه، فإن الثلث منه ينفذ، والزائد يتوقف على إجازة الوارث، فإن أجازه نفذ، وإلا بطل.

والفرق بين الزوجة والمريض: أن المريض دلَّ الشرع على جواز تبرعاته في ثلث ماله، فليس للوارث أن يرد منه شيئاً، وأما الزوجة فإن إجازة تبرعها في الثلث، مبني على تقدير القلة والكثرة في اعتبار الإضرار بالزوج، فإذا تبرعت بما دونه، كان ذلك دليلاً على أنها غير قاصدة للإضرار بتبرعها، فيصح وينفذ، وإن تبرعت بأكثر منه، كان ذلك دليلاً على قصد الإضرار، فيستحق عليها رد الجميع إبطالاً لما يلحقه الإضرار منه. والله أعلم.

ولا يُعتبرُ رِضا المَضْمُونِ عنه، فيجُوزُ ضَمَانُه كقضَاءِ دَيْنِه بغيْرِ إذْنِهِ، إذا كان ذلك على سَبيلِ الإرْفاقِ والإحْسانِ، لا على سبيلِ الإعْناتِ والإضْرارِ.

ويَصِحُّ ضَمَانُ الميتِ مُوسِراً ومُعسِراً(١).

فَصْلٌ
في المَضْمُون به

ويَصِحّ الضَّمَانُ لكُلِّ دَيْنٍ لازِمٍ، أو صائِرٍ إلى اللُّزومِ، كالجُعلِ قبْلَ الشُّروعِ في العَملِ أو قبْلَ تمامِهِ. وليستِ الأعْيانُ المُعيَّنةُ

---

(١) لا خلاف بين العلماء، على ما حكاه المازري في «شرح التلقين»، في جواز ضمان المدين إذا كان حياً، موسراً كان أو معسراً، وكذلك الميت إذا كان موسراً؛ لأن الدَّيْن لا يسقط بالموت، بل يتعلق بما ترك من مال، فيباع ليوفى منه، ولا يستحق الورثة منه إلا ما فضل عن قضاء الدَّيْن؛ لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١]. فإذا قضى الضمين الدَّيْن غير متبرع فيه، صار غريماً بما قضى في مكان الغريم الأول.

فإن مات المدين معسراً، جاز ضمانه أيضاً عند الجمهور، خلافاً للحنفية والثوري. فإذا أدَّى الضَّامِن عنه دينه عالماً بعسره حين ضمنه، ثم ظهر له مال كان مقبوضاً عند الغير وديعة أو رهناً أو عارية أو قراضاً، وما أشبه ذلك، فليس له الرجوع على الوارث بما أدَّى؛ لأن علمه بعسر الغريم حين ضمنه قرينة على أنه متبرع في الضَّمَان، والتَّبَرُّع لا يجوز الرجوع فيه. قال في «التهذيب» في كتاب المديان: ومن مات وعليه دين، فتبرع رجلٌ فضمن دينه، فذلك لازم له، ولا رجوع له عن ذلك. فإن كان للميت مال رجع فيه بما أدَّى، إن قال: إنما أديت لأرجع في ماله، وإن لم يكن له مال، والضَّامِن بذلك عالمٌ، فإنه لا يرجع في مالٍ إن بان للميت؛ لأنه بمعنى الحسبة. اهـ.

مَوْضُوعاً للضَّمَانِ[١]، ولا الحقوقُ المُتعلِّقةُ بالأبْدانِ من الحُدودِ والتَّعازيرِ والقِصاصِ في نفسٍ أو عُضْوٍ[٢].

ويَصِحُّ ضَمَانُ المجْهُولِ، وما لم يكُنْ قدْ وجبَ من الدُّيونِ[٣]،

---

(١) كالعين المقبوضة لدى الغير بإذن ربها، على وجه الإجارة أو العارية أو الوديعة أو الرهن، أو بغير إذنه، كالمغصوب والمسروق، فلا يمكن ضمانها ما دامت أعياناً قائمة. وحيثما عثرْتَ على قول لعلمائنا يفيد ضمان الأعيان، فاعلم أن معناه: أن يأخذ ربها ممن هي في يده كَفِيلاً بقيمتها، فمتى هلكت قبل الرد رجع ربها عليه بالقيمة، إذا كانت مما يضمنه من هي في يده كالمغصوب، والمستعار والمرهون إذا كانا من الأموال التي يغاب عليها.

● **تنبيه في حكم ضمان المبيعات:**

ضمان المصنوعات من بائعها لمشتريها، إلى أجل معلوم، كسنة أو أكثر، بحيث إذا تعطلت كان الإصلاح على البائع، غير جائز فيما تقتضيه القواعد؛ لأن جزءاً من الثمن يكون عوضاً عن الإصلاح المتوقع، وما دام التعطل محتملاً، فالإصلاح محتمل أيضاً، وهذا غرر ومخاطرة لازمة، فيفسد الشرط ويفسد العقد بفساده. والله أعلم.

(٢) لأن من وجبت عليه عقوبة من حدود الله كالزنى وشرب المسكر، والسرقة والقذف، أو تعزير بضرب أو سجن، أو قصاص في نفس أو عضو، لم يجز استيفاؤها إلا ممن وجبت عليه، فلا فائدة في الكَفَالَة فيها. ولأن الكَفَالَة استيثاق، والحدود مبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات، فلا يدخل فيها الاستيثاق.

فإن تعلقت الكَفَالَة بمجرد البحث عن الذي وجب عليه القصاص، فهي كَفَالَة طلب كالتكفل بطلب من عليه مال، يلزم الكَفِيل تنفيذ مقتضاها على نحو ما سيأتي بيانه.

(٣) ومثال ضمان المجهول أن يقول: أنا ضامن لك ما على فلان، أو ما يقر به، أو ما يثبت عليه ببينة، ونحو ذلك. ومثال ضمان الدَّيْن قبل =

وضَمَانُ الحالِّ مُؤجَّلاً، والمؤجَّلِ حالّاً، إن كان الدَّيْنُ مما يجُوزُ تعْجيلُه[١].

= وجوبه، أن يقول: دايِنْ فلاناً وأنا ضامن لما تعطيه، فيصح ويلزم الضَّامِن ما يدايِنُ به مثلُ المضمون له، فإن كان مثله يدايِنُ الناسَ بألفٍ فما دونها، لم يلزمه ضمان ما زاد عليها، على أرجح التأويلين للمدونة؛ لأن العرف يخصص العام ويقيد المطلق ويفسر المجمل من خطاب الشارع، وألفاظ العاقدين. وفي التأويل الآخر: يلزمه وإن لم يكن مما يعامِلُ به مثلُه في العادة.

وله الرجوع في الضَّمَان ما لم تحصل المعاملة، بشرط إعلام المضمون عنه بذلك، فإن لم يعلمه حتى استدان لزمه الضَّمَان، ولم ينفعه رجوعه على الأظهر.

وإنما صح ضمان المجهول، لعموم قوله ﷺ: «**الزَّعِيمُ غَارِمٌ**». ولأن الضَّمَان الْتِزَام حق في الذمة من غير معاوضة، فجازت فيه الجهالة كالنذر والإقرار.

وأما صحة ضمان الدَّيْن قبل انعقاد سببه، فلأنه دين يؤول إلى اللزوم إذا تم، فأشبه ضمان الجعل قبل الشروع في العمل أو قبل تمامه. وقياساً على ضمان الدرَك، فقد أجمع العلماء على جوازه وهو ضمان لما لم يجب، وهو: أن يلتزم رجل لمن يشتري سلعة، غُرْمَ الثمن إذا تبين أنها مستحقة على البائع؛ لكونها مغصوبة أو مسروقة، وقد غاب البائع أو فلس.

(١) وتفصيل هذه الجملة يقع في فرعين:

الأول: في ضمان الدين الحالِّ مؤجلاً:

وذلك مثل أن يكون لك دين على رجل، قد وجب عليه قضاؤه، إما بكونه مؤجلاً قد حل أجلُه، أو غيرَ مؤجل في أصله، فيأتيك بكفيل ثقة يكفله بدينه على شرط أن تؤجله إلى شهر مثلاً. فهذا جائز؛ لأن تأخير الدين الحالِّ كابتدائه؛ يعني كإنشاء مداينة جديدة بمثل ذلك الدين. ولو أن رجلاً أسلف رجلاً سلفاً واشترط عليه كفيلاً بما أسلفه، لكان جائزاً إجماعاً، كاشتراط رهن =

....

= به. فكذلك إذا أخره بدينه، واشترط عليه رهناً أو كفيلاً به. قال في «التهذيب»: وإن أخره به بعد الأجل، برهن أو حميل جاز؛ لأنه مَلَك قبْضَ دينه مكانَهُ، فتأخيرُه به كابتداء سلفٍ على حميل أو رهن. اهـ.

وهذا ما لم يكن الضمان من وجه الانتفاع بالسلف، مثل أن يكون المدين معسراً حين وجوب القضاء، فيؤخره الدائن إلى ستة أشهر ويشترط عليه كفيلاً، وهو يعلم أنه يوسر بعد شهرين، لراتبٍ يَرْقُب قبضه مثلاً، فهذا لا يجوز في قول ابن القاسم خلافاً لأشهب. ويبين وجه المنع فيه: أن المدين لما كان معسراً عند وجوب الدين، صار واجباً على رب الدين إنظارُه إلى وقت الميسرة؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]. فيمتد أجل الدين بحكم الشرع إلى الشهرين اللذين يرقب المدين فيهما الميسرة؛ وإذا كان كذلك، وأخره الدائن إلى ستة أشهر بكفيل، كان بمنزلة ما لو زاده في أجل الدين أربعة أشهر، على أن يأتيه بكفيل أو رهن، فيكون جر لنفسه نفعاً من السلف. قال في «التهذيب»: وإن لم يحل الأجلُ، فأخَّره به إلى أبعد من الأجل، بحميلٍ أو رهنٍ، لم يجز؛ لأنه سلف بنفع. اهـ.

ووجه قول أشهب: أن الأصل بقاء العسرة إلى تمام الأجل الذي سماه، وهو ستة أشهر في مثالنا، فكان التأخير إلى ذلك الأجل، واجباً بحكم الشرعِ، فلم يُفِدْ ذكرُ الدائن له شيئاً زائداً على التأكيد، فكان التوثق بكفيل تبرعاً من المدين، وإن خرج بصورة الشرط. والله أعلم.

الثاني: في ضمان الدين المؤجل حالاًّ:

مثل أن يكون دينك مؤجلاً إلى سنة مثلاً، فيسقط الغريمُ الأجل، ويأتي بكفيل يكفله؛ خشية المماطلة مثلاً. وفي حكمه تفصيل:

فإن كان الدين ناشئاً عن قرض، سقط الأجل، وصحت الكفالة ولزمت، فلك مطالبة الكفيل بدينك في الحالِ إذا تعذر الاستيفاء من الأصيل؛ لأن الأجل في القرض حق خالص للمدين، فإذا أسقطه كان متبرعاً فيه، فإذا ضم إلى الإسقاط كفيلاً يكفله، فهو تبرع فوق تبرع، فكان أجوز. ومثلُ ضمان =

= المؤجل على شرط الحلول، ضمانُه لدون أجله الأول. أما العكس وهو ضمان المؤجل على شرط الزيادة في الأجل، فقد سبق في نص «المدونة» أنه لا يجوز؛ لأنه من الانتفاع بالسلف.

وإذا كان الدين ناشئاً عن سلم أو بيع بثمن مؤجل، نَظَرْتَ إلى نوع المال الذي ثبت في الذمة؛ فإن كان دنانير أو دراهم، فهو مثل دين القرض؛ فإن النقود لا يختلف حكمها في الأجل بين البيع والقرض. قال في «التهذيب» في كتاب المديان: وإن كان لك على رجلٍ دَيْن دنانيرُ أو دراهمُ إلى أجل، فعجلها لك قبل الأجل، أُجبرتَ على أخذها، كانت من بيع أو قرض. اهـ.

وإن كان الدين حيواناً أو طعاماً أو عروضاً، لم يجز إسقاط الأجل، على أن يأتي المدينُ بكَفِيل يكفله؛ لأن الأجل في البيوع، حق مشترك بين المتبايعين، إذا كان الدين من غير النقود. فإذا أسقطه المدينُ من جانبه، بقي قائماً من جانب الدائن، ومعناه أنه لا يلزمه قبض الدين. قال في «التهذيب» في تمام الكلام السابق: ولو كان دينُك عرْضاً أو طعَاماً أو حيواناً من قرض، فعجله لك قبل الأجلِ، أُجبرتَ على أخذه، ولو كان ذلك من بيع لم تجبر على أخذه قبل الأجل. اهـ.

فإذا أسقطه رب الدين عفواً جاز، وصار الدَّيْنُ مستحَق القضاء في الحال، وإن اشترط أن يأتيه بكَفِيل، خشية المماطلة به، لم تصح الكَفَالَة على الأرجح؛ لأنه حطَّ عن المدين ما عليه من ضمان الدين إلى الأجل المسمى، في مقابل الانتفاع بالكفالة، وذلك لا يجوز؛ لما تقعَّد أن المعاوضة على الضمان غيرُ جائزةٍ، والمعاوضة على إسقاطه وتفريغ الذمة منه، أيضاً غير جائزة. وهو ما يعبر عنه الشيوخ بقولهم: «**حُطّ عني الضَّمَان وأزيدُك**». ويعبرون عن الأول بقولهم: «**ضمانٌ بِجُعلٍ**». ويكثر ذلك في أبواب بيوع الآجال خاصة.

ويحتمل أن يجوز، وهو متجه؛ لأن رب الدين لم يأخذ زيادة ينتفع بها، لا في نفس الحق ولا منفصلة عنه، وإنما قصَدَ التوثُّقَ، وذلك يدل على أنه =

فَصْلٌ
في حكم الضَّمَان

لا يخلُو الضَّمَانُ أن يقعَ إمَّا فاسِداً أو صحيحاً. فإذا وقع فاسِداً لم يلزَمِ الضَّامِنَ حُكمُهُ. وفسادُهُ يكونُ إمَّا لتخلُّفِ شرطٍ في صِحَّتِهِ، وإما لفسَادِ عقْدِ المُداينةِ الذي اشتُرِطَ فيهِ[1]، وإمَّا لاشْتراطِ الضَّامِنِ عِوَضاً عليْهِ[2].

= ليس له غرض في التأخير، ولا غرض للآخر في بقاء الدين في ذمته. قاله ابن عبد السلام في «شرح ابن الحاجب».

• **تتمة:**

وحيث قلنا ببطلان الكفالة إذا اشترطها الدائن على المدين في مقابل إسقاط الأجل في ديون المعاوضات العينية، فهل يلزم المدين القضاء في الحال؟ فيه احتمالان؛ **أحدهما**: يلزمه لأنه أسقط الأجل من جانبه، ولو صحت الكفالة لسقط من جانب الدائن أيضاً، لكنها لما بطلت بقي معلقاً على اختياره، فله مطالبته في الحال وتركه إلى أجله. **والثاني**: لا يلزمه ويبقى الدين إلى أجله؛ لأنه علق إسقاط حقه على ما شرط من الكفالة، فلما بطلت لم يلزمه الإسقاط. والله أعلم.

(١) كمن يبيع بيعاً بثمن مؤجل، ويكون فاسداً لاشتماله على غرر أو جهالة أو ربا، أو نحو ذلك من أسباب الفساد، أو يقترض قرضاً فاسداً لاشتماله على شرط القضاء بالأفضل أو بأكثر، فإن العقد يكون مستوجِباً للفسخ لحق الشرع، فيجب رد الدَّيْن، ويكون الضَّمَان به ضماناً بما لا يجوز أن يبقى في الذِّمَّة، فلا يلزم الضَّامِن شيء.

(٢) قال الحطاب في «المواهب» نقلاً عن صاحب «التوضيح»: ولا خلاف في منع ضمان بجعل؛ لأن الشرع جعل الضَّمَان والقرض والجاه لا يفعل إلا لله بغير عوض، فأخذ العوض عليه سحت.اهـ. ولا فرق في ذلك بين أن يبذل الجعل رب الدَّيْن أو المدين أو شخص أجنبي عن المداينة. =

وإذا وقع الضَّمَانُ صحيحاً، لزِمَ الضَّامِنَ حُكمُهُ[١]، بانضِمامِ ذِمَّتِهِ إلى ذِمَّةِ الأَصِيلِ في المُطالَبَةِ بالحَقِّ.

= أما بذل رب الدَّيْن أو غيره للمدين جعلاً على أن يأتيه بحميل يتحمل دينه، فذلك جائز؛ لأنه ليس عوضاً على نفس الضَّمَان، بل هو عوض على الإتيان بضامن ينتفع الدائن بضمانه، فأشبه ما لو جعل له جعلاً على أن يأتيه بِبَنَّاء يبني له داراً، أو حَفَّار يحفر له بئراً.

وإذا كان عقد المداينة بيعاً بثمن مؤجل في ذمة المشتري، فإنه لا يبطل ببطلان الحمالة؛ لأنه لا مدخل له في نفس البيع، بل هو بين الضَّامِن وبين البائع أو المشتري. غير أنه إذا كان من المشتري، ولم يعلم البائع ببذل الجعل للضامن، فإن الضَّمَان يلزم لتعلقه بحق البائع، ويسقط الجعل لحق الشارع.

فإن كان البائع عالماً ففيه قولان لعلمائنا:

الأول: تسقط الحمالة بذلك؛ لوقوعها على شرط فاسد، ويخير البائع بين إمضاء البيع على غير حمالة أو فسخه. وبه قال ابن القاسم.

والثاني: لا تسقط لأن سبب المنع فيها لم يكن بين المتبايعين، وإنما كان منفصلاً، فأشبه ما لو لم يعلم.

(١) ويدل للزوم الضَّمَان **من كتاب الله**: عموم قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]. والعقود جمع عقد، ومعناه في اللغة: مطلق الربط، وفي الشرع: كل ما عقده العبد مع الله ﷻ بنذر، أو مع العبد في نكاح أو بيع أو إجارة، أو نحو ذلك من المعاملات، أو عقده المسلمون مع غيرهم من عهود الموادعة والذمة والأمان، ونحو ذلك من أحكام الجهاد. فالوفاء بهذه العقود لازم للآية الآنفة، إلا أن يكون فيه معصية لله، فلا يلزم بل يجب فسخه.

ومن السنة: قوله ﷺ: «**الزَّعِيمُ غَارِمٌ**». فحكم على الزعيم ـ وهو الضَّامِن ـ بالغرم، وإذا كان غارماً توجهت المُطَالَبَة عليه من الغريم، فلا يبرأ باختياره، بل إما بالأداء أو الإبراء. والله أعلم.

وفي صَفةِ المُطَالَبَةِ روايتانِ؛ **إحداهُما**: أنها على التَّرتيبِ، فيطالبُ الدائنُ الأَصِيلَ بحقِّهِ أوّلاً، فإن غابَ أو كانَ مُعسِراً بالحَقِّ، طالبَ الكَفِيلَ به. **والثانيةُ**: أنها ثابتةٌ على التّخْييرِ، فله مُطالَبَةُ أيِّهما شاءَ، وإذا طالبَ أَحَدَهما لم يسقُطْ بذلك حقُّهُ في مُطالَبَةِ الآخرِ(١).

---

(١) وجه هذه الرواية: عموم حديث: «**الزَّعِيمُ غَارِمٌ**». ولأن الضَّامِن أقام نفسه مقام الغريم في شغل ذمته بالحق، على الوجه الذي كانت ذمة الغريم مشغولة به، فإذا كان للدائن مُطالَبَة الغريم، فكذلك له مُطالَبَة الكَفِيل. قاله القاضي في «المعونة».

والرواية الأولى هي مشهور المذهب، ورجع إليها مالك رَحِمَهُ اللَّهُ فيما رواه عنه ابن القاسم في «المدونة». ووجهها: أن الكَفَالَة وثيقة بالدَّيْن، فلا يصار إليها إلا عند الضرورة والتعذر، كما لا يصار إلى استيفاء الدَّيْن من الرهن إلا عند الضرورة والتعذر. فما دام المدين حاضراً مليّاً بالدَّيْن، فالدائن قادر على استخلاص الحق منه، إما بطواعية منه، وإما باستعداء القاضي عليه؛ لقوله ﷺ: «**مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ**». أخرجه مالك، واتفق عليه الشيخان عن أبي هريرة. وعن عمرو بن الشريد عن أبيه: أن النبي ﷺ قال: «**لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ**». أخرجه أصحاب السنن عدا الترمذي، وصححه ابن حبان والحاكم. وعلقه البخاري. **لَيُّ**: مَطْل. **الواجِد**: الغني. فإذا كان المدين ظالماً مستحقّاً للعقوبة، بامتناعه مع قدرته على الوفاء، كان في مُطَالَبَة الكَفِيل بالحق إذ ذاك، إقرار لظلمه، وإسقاط لما يستحق عليه من العقوبة.

وإذا كان المدين غائباً وماله حاضراً، لم يطالب الدائن الكَفِيل بالحق في المشهور؛ لأنه يمكنه الاستيفاء بواسطة الحاكم.

وهذا إذا اتفق الدائن والضَّامِن على حال المدين من العسر واليسر، فإن اختلفا، فقال الدائن: هو معسر، وقال الضَّامِن: بل موسر، ولا بينة لأحدهما، فالقول قول الضَّامِن في أحد القولين؛ لأن الدائن يدعي عليه سبباً يقتضي غرم الدَّيْن، وهو ينكره، والقاعدة في الدعوى أن: البَيِّنَة على المدعي =

وإذا اشترَطَ الضَّامِنُ أو المَضْمُونُ له، شرْطاً يخالفُ بعضَ ما يقْتضيهِ مُطلقُ الحُكْمِ، فله شرْطُهُ(١).

فَصْلٌ
في البراءة والموت

ويَبرأُ الكَفِيلُ بإبراءِ الأَصِيلِ من غيرِ عكْسٍ.

وإذا ماتَ الأَصِيلُ، فإن الدَّيْنَ يحُلُّ بموتِهِ إذا كان مؤجَّلاً، ويُوفَّى مما تركَ، فإن لم يترُكْ شيئاً أو تركَ ما لا يكفِي للوفاءِ، لم

= واليمين على المدعى عليه. فليس للدائن أن يأخذ الضَّامِن بشيء من الدَّيْن ما دام ينكر عسر المدين، ولا له أن يأخذ المدين أيضاً؛ لأن دعواه تتضمن الإقرار منه بعسر المدين فيلزمه إنظاره؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

وفي القول الثاني: القول قول رب الدَّيْن حتى يثبت يسر المدين.

(١) على معنى أن الضَّامِن إذا التزم الدَّيْن الْتِزَاماً مطلقاً، فإن ذلك يقتضي في المشهور من المذهب: أن يطالب بالحق في حياة المدين وموته، وأن المُطَالَبَة لا تُستحق عليه إلا بعد مُطَالَبَة المدين، وتعذر استيفاء الحق منه، لغيابه أو موته معدماً، أو عن تركة لا تفي بجميع الدَّيْن. فإذا اشترط الكَفِيل أن لا ضمان عليه إلا بعد موت الأَصِيل، أو اشترط عليه الدائن أنه يطالبه بالحق قبل الأَصِيل، أو مع التمكن من الاستيفاء بحضور الأَصِيل وملائه، فإن الشرط صحيح لازم؛ لقوله ﷺ: «**الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ**». أخرجه الترمذي عن عمرو بن عوف وصححه.

وإذا اشترط الدائن على الكَفِيل، أنه ضامن في جميع الأحوال، فهو ضامن في حضور الأَصِيل وغيابه، وفي حياته وموته، وفي ملائه وعُدْمه.

يلزَمِ الكَفِيلَ غُرْمهُ للدّائنِ حتى يحُلَّ الأجلُ(١).

وإذا مات الكَفِيلُ قبلَ حُلولِ أجَلِ الكَفَالَةِ، تعجَّلَ الدائِنُ مُطَالَبَةَ الوَرَثةِ بحقِّهِ، فإذا قَضَوهُ لم يكنْ لهم أن يرْجِعُوا به على المكفولِ عنْه، حتَّى يحُلَّ الأجَلُ(٢).

فَصْلٌ
في حق الكَفِيل على الدائن والمدين

من ضمِنَ ديْناً إلى أجَلٍ مُسمًّى، فطالبَهُ الدَّائنُ بالأدَاءِ بعد مُضِيِّ الأجَلِ، فله حمْلُ الأَصِيلِ على تخليصِهِ بقضَاءِ الدَّيْنِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يحْمِلهُ على تسليمِهِ إليه ليُؤدِّيهُ لربِّهِ(٣). وله مُطالَبَةُ الدَّائنِ بتخليصِهِ من عُهدةِ الكَفَالَةِ، بالخيارِ بينَ إسْقاطِها وبينَ مُطالَبَةِ

---

(١) لأن الدَّيْن إنما تعجل بموت المدين؛ لأنه لم يبق في الأجل فائدة من جانبه لخراب ذمته بالموت، أما الكَفِيل فلا يحل الأجل في جانبه؛ لأن ذمته لم تزل قائمة، فلا تتوجه عليه المُطَالَبَة في الحال.

(٢) لأن الدائن لا يستحق عليه المُطَالَبَة، إلا بعد حلول الأجل، فأولى أن لا يستحق عليه الكَفِيل ووارثه ذلك؛ لأنه دائن فرعي والأول دائن أصلي، والفرع يتبع أصله. ولأن الكَفَالَة إرفاق بالمدين، وإيجاب الحق عليه قبل حلول أجله ضرر عليه بسبب الكَفَالَة، فناقض مقصودها، فوجب أن لا يعتبر.

(٣) لأن الكَفِيل إذا قبض الدَّيْن من الغريم ليؤديه إلى ربه، صار رسولاً في الأداء، فإذا هلك المال قبل وصوله إلى ربه، هلك مضموناً على الغريم، فبان بذلك أنه لا يبرأ بالأداء إلى الكَفِيل، فلا يلزمه الأداء إليه إذا طلبه. فإن دفع الغريم إليه المال وشرط أنه يبرأ بذلك، فله شرطه، ويصير مضموناً على الكَفِيل حتى يؤديه إلى ربه.

المدينِ بالأداءِ[١].

وللضَّامنِ أن يرجعَ على الغَريمِ بمثْلِ ما أدَّى من دَيْنِه[٢]، إذا قصدَ الإرْفاقَ بالمدِينِ، ولم يكُنْ مُتبرِّعاً في الأداءِ[٣]. وإذا ماتَ

---

(١) وهذا على القول المشهور بأن المُطَالَبَة تتوجه على الترتيب. وأما على القول بتوجهها على التخيير، فليس له ذلك؛ لأن له أن يؤدي الدَّيْن بما عليه من الكَفَالَة، ثم يرجع على المكفول أو وارثه بما أدَّى.

(٢) فإذا أدَّى ديناراً رجع بدينار مثله، وإذا أدَّى قنطاراً من بر أو شعير، رجع بقنطار مثله في الجنس والصفة، وإذا أدَّى مقوماً كحيوان أو ثوب بصفة معلومة، رجع بثوب وحيوان مثله في الصفة. وليس له أن يرجع بالقيمة بحال؛ لأنه مسلف فيما أدَّى، والمسلف يرجع بمثل ما أسلف لا بقيمته.

وإذا أدَّى أقل من قدر الدَّيْن الذي ضمنه، أو أنقص في الصفة، لم يجز له أن يرجع على الغريم إلا بمثل ما أدَّى؛ لأن الزيادة ربا محرم. وإذا أدَّى أزيد منه أو أجود، لم يكن له أن يرجع بالزيادة؛ لأنه متبرع فيها، والتَّبَرُّع لا يجوز الرجوع فيه؛ لقوله ﷺ: «**كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ**». أخرجه البخاري من حديث جابر، ومسلم من حديث حذيفة، رضي الله عنهما.

(٣) وتفصيل هذه الجملة: أنك متى كفلت المدين بإذنه وأديت عنه بإذنه، رجعت عليه بمثل ما أديت؛ لأنك مسلف له في المال ووكيل عنه في الأداء. ومثل ذلك إذا أديت عنه بأمره من غير تكفل سابق، أو تكفلت به بأمره وأديت عنه بغير أمره؛ لأن أمره لك بالكَفَالَة يستلزم أمره بالأداء. ومثل ذلك إذا كفلته بغير إذنه، وأديت عنه بإذنه؛ لأن وجود الإذن بالأداء يكفي في استحقاق الرجوع، والكَفَالَة تؤكده ولا تمنعه.

فإذا كانت الكَفَالَة والأداء كلاهما بغير إذن المدين، فله الرجوع أيضاً، في قول علمائنا، بشرطين:

الأول: أن يكون الأداء على وجه الإرفاق بالمدين والإحسان إليه، فإن فعل ذلك ليُضارَّه ويضيِّق عليه لعداوة بينهما، فلا يستحق الرجوع عليه ديانة ولا قضاء. =

الغريمُ وترَكَ مالاً، رجعَ الكَفِيلُ على ورثَتِه في مالِه.

وليُشهِدِ الكَفِيلُ على ما أدَّى للدَّائنِ، ليرْجِعَ به على المدِينِ[1].

فَصْلٌ
في الكَفَالَة بالوجه أو بالبدن

وأما الكَفَالَة بالوجْهِ؛ فهي الْتِزَامُ الإتْيانِ بالذي عليهِ الحقُّ، وإحْضارِهِ لطالبِهِ في أجَلٍ معْلومٍ. فيلزَمُ الكَفِيلَ تسليمُ المكْفولِ لطالِبِهِ في موضِعٍ يَتمَكَّنُ فيه من مرافَعَتِه للحَاكِمِ[2]، فإن غابَ لزِمَهُ البَحْثُ عنه.

= **الثاني**: أن لا يكون قد قصد التَّبَرُّع عند الأداء، وإلا لم يكن له الرجوع؛ لأن أداءه مع قصد التَّبَرُّع يكون هبة أو صدقة، وكلاهما لا يجوز الرجوع فيهما كما سبق في باب الهبة.

وهذا حيث صدق المدين الكَفِيل في قصد الرجوع بالأداء عنه، فإن لم يصدقه، بل ادعى عليه أنه فعل ذلك تبرعاً، فالقول قول الكَفِيل؛ لأن الفعل يحتملهما ولا يتميز أحدهما عن الآخر إلا بنيته، وهي لا تعرف إلا من قوله، إلا أن يكون الظاهر دالّاً على خلاف قصده، كما لو تحمل بدين عن ميت يعتقد أنه مفلس، فظهر أنه ملي، فليس له الرجوع.

(١) وأعلى الشهادة عدلان من الرجال، فإن لم يكونا فرجل وامرأتان، فإن لم يكونوا فعدل واحد؛ لأنه يقضى له به مع يمينه في الحقوق المالية. ولا يكفي أن يخبر الشهود بالأداء؛ لأن ذلك شهادة على قوله، والمطلوب الشهادة على فعله، وهو معاينة الأداء ومبلغ ما أدَّى.

فإذا أشهد على نحو ما وصفت، ثبت له بذلك براءة من جانب الدائن، ويبرأ الأَصِيل أيضاً من الحق، كما يبرأان إذا صادقه الدائن على الأداء، ويثبت له حق الرجوع على المدين بما أدَّى.

(٢) لأن التسليم ليس مقصوداً لذاته، بل لاستخلاص الحق منه، وهو غير مقدور للدائن بنفسه، بل بواسطة الحاكم الذي يحمله على القضاء إن كان =

فإن أتى به قبْلَ تمامِ الأجَلِ، برِئَ ولو كانَ المدِينُ مُعسِراً. فإن لم يفْعلْ حتى مضَى الأجَلُ، لزِمَهُ غُرْمُ المالِ(١)، إلَّا أن يكونَ الغريمُ في موْضِعٍ يَتعذَّرُ معه الخُلوصُ إليه، لحرْبٍ أو فِتنَةٍ أو مفازةٍ، أو يَتبينَ أنهُ ماتَ قبْلَ انقضاءِ الأجَلِ(٢).

فَصْلٌ
في ضَمَان الطلب

وأمّا ضَمَانُ الطّلبِ؛ فهو الْتِزَامُ مُجرَّدِ البَحْثِ عن الذي عليه

= مليّاً، فإن امتنع حبسه وضربه حتى يفعل؛ لقوله ﷺ: «**لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ**».

(١) وإنما لزمه غرم المال؛ لعموم قوله ﷺ: «**الزَّعِيمُ غَارِمٌ**»، إذ معناه صادق على الكَفِيل بالوجه، ولأنه ضمن للمكفول له أن يمكنه من غريمه، على وجه يقدر معه على تخليص الحق منه، فلما لم يفعل من غير عذر مانع، حتى مضى الأجل، عد مفرطاً مقصراً بذلك، فلزمه الغرم، كما يلزمه إذا ضمن المال، إلا أن يشترط عند التكفل أنه لا يضمن المال، فلا يلزمه شيء.

ولا يُقضى عليه بالغرم، في قول ابن القاسم وأصبغ، حتى يمهل بعد تمام الأجل لمدة يسيرة، يقدرها الحاكم باجتهاده، إذا كان الغريم حاضراً في البلد، أو غائباً غيبة قريبة؛ لرجاء أن يأتي فيقضي ما عليه، أو يأتي به الكَفِيل. فأما الغائب غيبة بعيدة، لا يرجع منها إلا في ثلاثة أيام فما فوقها، فلا يمهله فيها لعدم الفائدة.

(٢) فيسقط عنه الغرم؛ لأن حكم الضَّمَان لا يلزمه حتى يمضي الأجل الذي ضمن أن يأتي بالغريم فيه، فلم يأتِ به وهو قادر على ذلك. وهاهنا قد مات الغريم قبل تمام الأجل، فانعدم المحل الذي تعلق فيه ضمان الضَّامِن، وكذلك إذا كان في موضع دونه عذر قاهر؛ لأن الضَّامِن إنما التزم أن يفعل ما يقدر عليه في العادة، وهو هاهنا غير قادر، فوجب أن لا يلزمه شيء.

الحَقُّ، والدّلالةِ على مكانِ وجودِهِ[١]. فيلزَمُ الضَّامِنَ البَحْثُ والتَّفتيشُ عليه، في البلدِ وما حولَها من المواضِعِ التي اعتادَ أن يُسافِرَ إليها أمثالُه، فإن مضَى الأجَلُ برِئَ، ولو لم يجِدْهُ[٢].

فَصْلٌ
في عقد التَّأْمِين

التَّأْمِينُ على الأمْوالِ عقْدٌ بينَ طرفَيْنِ، يلتَزِمُ فيه أحدُهما وهُوَ المُسْتَأمِنُ، دفْعَ مبْلغ من المالِ للآخرِ وهو المُؤَمِّنُ، دَفْعَةً واحِدَةً أو على نُجُومٍ، على أنَّ ما أصابَ العَيْنَ المُؤَمَّنَ عليها، في المُدّةِ المسمّاةِ في العقْدِ، من هلاكٍ أو نقْصٍ، فهو مضْمونٌ من المؤمِّنِ، ضَمَاناً كُلِّيّاً أو جُزئِيّاً.

---

(١) وجاز هذا النوع من الضَّمَان، مع أن ملتزمه لا يضمن شيئاً من الحق؛ لأنه فعل يتمكن به صاحب الحق من استيفاء حقه، إذا عرف موضع المطلوب، فاستعان عليه بالشرطة أو أعوان القاضي، ليحضروه للمخاصمة لدى الحاكم فيما يدعى عليه من حق مالي أو جنائي، أو ينفذوا عليه الحكم، إذا كان قد ثبت عليه بقضاء سابق.

(٢) إذا طلبه بقدر طاقته؛ لأنه فعل مقتضى ما التزمه في الضَّمَان. ويستظهر الحاكم صدقه بتوجيه يمين إليه، أنه ما قصر في البحث عن المطلوب.

فإن فرط في البحث حتى مضى الأجل، لزمه غرم الدَّيْن إن كان المطلوب متبوعاً بدين، ولو لم يلتزمه الضَّامِن في العقد؛ لتفريطه فيما التزمه، وأولى أن يلزمه الغرم إذا كان هرَّبه أو علم موضعه ولم يدل عليه. فإن كان المطلوب متبوعاً بجناية في نفس أو عضو، فلا سبيل إلى الاستيفاء من الكَفِيل، وإنما يعزر لتفريطه.

وهو بهذهِ الصِّفةِ عقْدٌ غيْرُ صحيحٍ(١)، فلا يَجوزُ الإقْدامُ عليه

---

(١) **ومن أمثلة عقد التَّأْمِين**: أن يجعل رب السيارة لغيره ألف دينار، على أن ما أصابها من تلف في أثناء السير، لسنة كاملة من يوم العقد، فإنه يُقوَّم ثم تكون القيمة على المؤمِّن. فهذا العقد باطل فيما تقتضيه أصول الشريعة؛ لأن السيارة إذا سلمت خلال السنة، خلصت الألف للمؤمِّن بغير شيء يعطيه لربها، وقد يصيبها ما تزيد قيمته على الألف، فتكون الزيادة على المؤمِّن بغير شيء يأخذه من المستأمن، وفي الحالين يكونان مخالفين لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩]. ولا ينظر إلى تراضيهما على هذه النتيجة الاحتمالية؛ لأنها من المخاطرة والغرر، وهما محرمان تحريماً ذاتيّاً لا يبيحه اتفاق المتعاقدين.

وعلى مثال السيارة يقاس الحكم في التَّأْمِين على الأموال الأخرى، كالمزارع والمصانع والمتاجر والمساكن والمراكب.

ومن الدليل على عدم الجواز أيضاً: أن هذا العقد فيه معاوضة على الضَّمَان، وقد سبق أن صاحب «التوضيح» حكى نفي الخلاف بين العلماء في منعه، وأن أخذ العوض عليه سحت.

ودليل ثالث على المنع: أن الضَّمَان المعروف في الشرع ينحصر في ثلاثة أنواع؛ لا يدخل التَّأْمِين تحت واحد منها؛ وهي: ضمان الإتلاف، وضمان القبض، وضمان الذمة. وهذا تفصيلها:

النوع الأول: ضمان الإتلاف:

فمن أتلف مالاً لغيره بغير إذن مالكه، لزمه ضمانه مطلقاً، إن أتلفه في يد مالكه أو وكيله، يستوي فيه المتعدي والمخطئ. ومثل الإتلاف الاستهلاك، فمن استهلك مال غيره بغير إذنه، ضمنه ولو كان مضطراً إليه في الأصح؛ لأن الضرورة لا يسقط بها حق الغير.

وإن كان في يد الذي أتلفه، فكذلك إن كان مقبوضاً على وجه لا يقره الشرع، كالمغصوب والمسروق والمقبوض في بيع فاسد. وأما ما قبض قبضاً مأذوناً فيه شرعاً، فإن كان من الأمانات المحضة، كالودائع والبضائع =

....

= والقراض والأموال المُؤْجرة، فلا يضمنه إلا أن يكون متعدياً. وإن كان من غير الأمانات المحضة، كالمستعار والمرهون والمستصنَع، فإن كان مما لا يغاب عليه، فهو كالأمانات المحضة، وإن كان مما يغاب عليه، فاختلف فيه هل يضمنه مطلقاً كالمغصوب، أو ما لم تقم بينة على براءته من التعدي.

وإذا لم يباشر الإتلاف، وإنما تسبب فيه، لزمه الضَّمَان بالتسبب، كمن حفر بئراً في طريق واقع في غير ملكه، فتردى فيها حيوان أو إنسان، أو في ملكه وقصد بها الإهلاك، أو رمى في الطريق قشر البطيخ أو الموز، فزلق به إنسان أو حيوان، فمات أو جرح، فعليه الدية في الإنسان، والقيمة في الحيوان.

النوع الثاني: ضمان القبض:

وهو ما كان سببه قبضاً يوجب الضمان بنفسه، كالمغصوب. فإذا تلف بأي سبب كان، ضمنه الغاصب، إلا أن يتعدى عليه ربه فيتلفه.

النوع الثالث: ضمان الذمة:

وذلك ما كان سببه ديناً ثابتاً في الذمة. وأسباب ثبوت الدين في الذمة كثيرة، منها القرض والسلم. فمن استقرض مالاً، كان ضامناً له بمثله في القدر والصفة، من ساعة اقتراضه إلى أن يقضيه، أو يبرئه منه المقرض. ومن استسلف ثمناً في سلعة موصوفة في ذمته، إلى أجل مسمى، كان ضامناً للسلعة على صفتها، إلى أجلها.

وليس التأمين داخلاً تحت شيء من هذه الأنواع، لا بنص ولا بما هو في معنى النص، فكان غير مشروع.

فإن قيل: إن الكَفَالَة توجب ضماناً في الذمة، من غير أن تدخل في أحد الأنواع الثلاثة السابقة، فلِمَ امتنع أن يدخل التَّأْمِين فيما تدخل فيه الكَفَالَة؟ فالجواب: أن الكَفَالَة دخلت في النوع الثالث على سبيل التبع؛ لأن معناها ضم ذمة إلى الذمة المشغولة بالحق، توثيقاً له عند الدائن في جانب الاستيفاء، كالرهن. فضمان الكَفِيل ضمان تبعي فرعي عن ضمان المدين الأصلي. وأيضاً =

اخْتياراً، ويُفسخُ إذا عُلمَ فسادُه بعْدَ وُقوعِهِ. وكذلك الحُكمُ في التَّأمِينِ على الأبْدانِ[1].

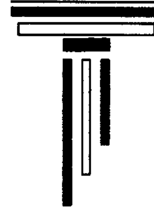
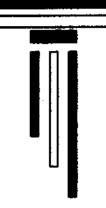
* * *

= فإنها من عقود التَّبَرُّع، إذ لا ينتفع الكَفِيل من مكفوله بشيء. وأيضاً فإنها ثابتة بالنص، فلو كانت خارجة عن سَنن القياس، لكانت مشروعة بأصل مستقل. ففارقت التأمين من هذه الوجوه الثلاثة.

فإن قيل: فضمان الدَّرَك لم يثبت بنص، ولا هو من الأنواع الثلاثة! فجوابه: أنه أيضاً ضمان فرعي يتبرع به صاحبه، فإنه يلتزم غُرم الثمن للمشتري، إذا ظهر أن السلعة التي اشتراها مستحقة من يد البائع، لكونها مغصوبة أو مسروقة مثلاً. والغُرم يتوجه على البائع في الحكم، لكنه قد يكون حينئذ غائباً أو مفلساً. والتَّأْمِين معاوضة محضة، يدخلها الاحتمال في العوض الذي يلزم المؤمِّنَ، دخولاً لازماً، فهي من عقود الغرر والمخاطرة والجهالة. والله أعلم.

(١) ومنه التَّأْمِين على الحياة، ومثاله: أن يجعل المستأمن للمؤمِّن ألف دينار لكل شهر من يوم العقد إلى أن يبلغ الستين من عمره، على أن يجعل له المؤمِّن راتباً شهريّاً معلوماً، منذ بلوغه ذلك السن إلى أن يموت، فإن مات قبل الستين، لم يستحق ورثته على المؤمِّن شيئاً، أو استحقوا عليه تعويضاً مقطوعاً على قدر السنين التي عاشها من يوم العقد إلى يوم الموت. فهو عقد معاوضة تشوبه الجهالة في العوضين معاً، وهي جهالة احتمالية؛ فتكون المعاوضة من عقود الغرر والمخاطرة. فهي باطلة مستحقة للفسخ لحق الشرع.

والمعنى الذي أوجب البطلان في التَّأْمِين على الحياة، موجود في التَّأْمِين الصحي، والتَّأْمِين ضد حوادث العمل. والله أعلم.

باب الحَوالَة

الحَوالَة: نقْلُ ديْنٍ من ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ أُخرَى، نقْلاً تبرَأُ بهِ الأُولَى[1].

---

(١) **الحَوَالَة** في اللغة: على وزن سحابة، اسم من الحَوْل، وأصل معناه يرجع إلى التغير والنقل، كما تقول: استحالت الخمر خلّاً بمعنى تغيرت وصارت إليه، وحولت الشيء من مكان إلى مكان: نقلته. ومنه معنى الحَوالَة في العرف الفقهي، فإنها نقل دين... إلخ، كما ذكرته في الأصل.

والحَوالَة مشروعة بالسنة والإجماع:

أما السنة: فما رواه أبو هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: «**مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ، وإذا أُتْبِعَ أحدُكُم على مَلِيٍّ فلْيَتْبَعْ**». أخرجه مالك، واتفق عليه الشيخان. **مطل**: تأخير ما استُحِق أداؤه بغير عذر. **أُتْبِعَ**؛ **فلْيَتْبَعْ**: أُحيل؛ فليحتل. **مَلِيّ**: قادر على أداء الدين. وظاهر الحديث يدل على أن المدين إذا أحال دائنه على غريم ملي، وجب عليه أن يحتال، وهو قول داود الظاهري وأبي ثور وأحمد. وليس كذلك عند جمهور أهل العلم، بل الأمر في الحديث مصروف إلى الندب. قال في «التمهيد»: وهذا عند أكثر الفقهاء ندب وإرشاد، لا إيجاب. ونحوه في «فتح الباري».

ومن الحجة للجمهور من جهة المعنى: أن الحق الذي في الذمة، قد ينتقل إلى ذمة بالحوالة، وقد ينتقل إلى عين بالمعاوضة. وقد أجمعت الأمّة على أن النقل إلى العين لا يلزم إلا بالتراضي، فوجب أن يكون النقل إلى الذمة مثله، بل هو أولى؛ لأنك بنقل دينك إلى عين، قد وصلت إلى حقك، وبنقله إلى ذمة أخرى لم تصل. وأيضاً فإن تحولك بحقك من ذمة إلى أخرى، =

وأرْكانُها خمْسةٌ: المُحيلُ وهو المدِينُ، والمُحالُ وهو الدائنُ، والمُحالُ عليه وهو غريمُ المدِينِ، والمُحالُ به وهو الدَّيْنُ، والصِّيغةُ وهي كلُّ ما دلَّ على معناها من تخاطُبٍ بيْنَ المُحيلِ والمُحالِ(١). فرِضاهُما مُعتبرٌ دونَ رِضا المُحالِ عليهِ(٢).

= تيسير على المعسر وتنفيسٌ عنه، فكان من المعروف الذي لا يلزم إلا برضاك، كالإقالة والتولية والشركة.

وأما الإجماع: فقد قال ابن قدامة في «المغني»: وأجمع أهل العلم على جواز الحَوَالَة في الجملة. اهـ.

وهي معاوضة مقصودة للمعروف، كالإقالة والتولية والإشراك، فجازت مع أنها تشتمل على بيع دين بدين.

(١) كقول المدين للدائن: أحلتك على فلان بما لك علي. أو: خذ حقك علي من مديني فلان. فيقبل الدائن بقوله: قبلت، أو رضيت، أو وافقت. وكما تنعقد الحَوَالَة باللفظ، كذلك تنعقد بالكتابة والإشارة المفهمة من الأخرس والناطق.

(٢) لأنه ليس طرفاً في العقد، وإنما محله منه كمحل المبيع من عقد البيع، بخلاف المُحِيل والمُحَال فإنهما طرفا العقد، فوجب اعتبار رضاهما. ولأن للدائن أن يقتضي دينه من غريمه بنفسه أو بوكيله، ولا فرق في جانب الغريم بين إحالة دائن بالاقتضاء، وبين توكيل وكيل به. وهذا ما لم يكن بينه وبين المحال عداوة، وإلا لم يجز في مشهور المذهب، أن يحيله عليه إلا برضاه، كما لا يجوز بيع الدينِ من عدو المدين إلا برضاه؛ لما في ذلك من مظنة تسليطه عليه ليرهقه ويشق عليه في المطالبة. ففي «تهذيب البراذعي» في كتاب المديان: ومن أدى عن رجل ديناً عليه بغير أمره، أو دفع عنه مهراً لزوجته، جاز ذلك إن فعَلَه رفقاً بالمطلوب. وأما إن أراد الضرر بطَلَبِه وإعناته، أو أراد سجْنَه لِعُدْمه، لعداوة بينه وبينه، مُنِع من ذلك. وكذلك إن اشترى ديناً عليه تعنتاً له، لم يجز البيعُ، ورُدَّ إن علم بذلك. اهـ. ولهذا =

فَصْلٌ

في شروط الحَوَالَة

لا تصِحُّ الحَوَالَةُ إلَّا بشروطٍ ثلاثةٍ:

أحدُها: أن يكونَ المُحالُ عليه مدِيناً للمُحيلِ، فإن لم يكن مدِيناً له، فهي حَوَالةٌ في الصُّورةِ حَمَالةٌ في المعْنى[1].

= المعنى أيضاً لا يجوز للرجل توكيل عدو خصمه على الخصام إلا برضاه. وفي الجملة قال في «المدونة»: وكل وكالة كانت ممن يَتَوكل بها، أو يُوكِّل بها، إضراراً فلا يجوز.

(١) وجملته: أنك إن أحلت رجلاً لا دين له عليك، على رجل لك عليه دين، فهذه وكالة بالقبض تثبت فيها أحكامها؛ لأن الحوالة مأخوذة من تحول الحق وانتقاله ولا حق ههنا ينتقلُ ويتحول. وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة؛ لاشتراكهما في المعنى، وهو استحقاق الوكيل مطالبةَ مَنْ عليه الدينُ، كاستحقاق المحيل مطالبةَ المحال عليه، وتحولُ ذلك إلى الوكيل كتحوله إلى المحيل.

وإن كان للذي أحلته عليك دين، دون الذي أحلت عليه، فهذه حوالة في الصورة حمالة في المعنى في قول جمهور الأصحاب. فلا تصح إلا أن يعلم المحال عليه ويرضى؛ لأنه ضامن للدين. فإن ردها بطلت، وإن قبلها لزمت، ولا يسقط الحق عنك بذلك، فله الرجوع عليك به إن أُعدِم من أحلته؛ لأن معنى الحمالة ضم ذمة إلى ذمة، بخلاف الحوالة فإنها تقتضي فراغ ذمة المحيل من الحق، ولو مع تعذر الاستيفاء من المحال عليه لموته أو فلسه.

وقال ابن الماجشون: إن أحلت دائنك على غير مدين لك بمثل حقه عليك، فهي حوالة في الصورة والمعنى. فتبرأ ذمتك من الدين بذلك، ولو وجد المحال عليه مُعدَماً، أو لم يقضِ ما عليه حتى فلس. قال ابن شاس: فتكون حقيقتُها عنده تجويزَ الضمان بشرط براءة الأصل، ويلزمه على قوله هذا أن يَعتبر رضا المحال عليه في هذه الحوالة، بل لا يتصور إلا كذلك.اهـ. =

والثّاني: أن يكونَ الدَّيْنُ المُحالُ به حَالّاً، دون المُحالِ عليهِ(١).

والثّالثُ: أن يكونَ الدَّينانِ مُتماثِلَيْنِ في القَدْرِ والصِّفةِ،

= واحتج ابن الماجشون لمذهبه ـ فيما ذكره الباجي عنه ـ بأن الحوالة قد تلزم، وإن لم تكن من أصل دين؛ ألا ترى أنك لو قلت لرجل: بع متاعك هذا من فلان، وعلي ثمنه، لزمك الثمن إذا باعه منه؟ فهذا من التحول عليك بالثمن من غير أن تكون مديناً للبائع.

والصحيح الأول؛ لأن ما ذكره ليس من باب التحول، بل من باب التحمل بالثمن، كالتحمل بالقرض والمهر، فلا يلزم في صورة الخلاف. ولأن حقيقة الحَوَالَة بيعُ دين المُحَال بدين المُحِيل، وانتقال الحق من ذِمَّة الثاني إلى ذِمَّة الأول، وكلاهما معدوم في مسألتنا، فلم يوجد فيها معنى الحوالة، فوجب أن لا يثبت لها حكمها.

● **فرع**:

وإن أحلت دائنك على غير مدين لك، واشترطت عليه البراءة من الحق، فلك شرطك، فليس له أن يرجع عليك بشيء إذا أعدم المحال عليه على القولين جميعاً؛ أما على قول ابن الماجشون فلأنك تبرأ بغير الشرط، وأما على القول الآخر، فلعموم قوله ﷺ: «**الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ**». أخرجه أبو داود من حديث أبي هريرة، والترمذي من حديث عمرو بن عوف المزني، وصححه.

(١) لحديث الباب: «**مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ، وإذا أُتْبِعَ أحدُكُم على مَلِيٍّ فلْيَتْبَعْ**». ووجه الدليل منه: أن النبي ﷺ وطّأ لبيان مشروعية الحَوَالَة، بالنهي عن المطل، فكان في ذلك تنبيه على العلة التي اقتضت الرخصة في الحَوَالَة، وهي أن يكون الدين المُحَال به قد حل، فاستحق صاحبُه المطالبة على المدين، ولما كان مطله بحقه بعد طلبه ظلماً يجب اتقاؤه، شرع للمدين إذا كان له غريم أن يحيل دائنه عليه، فقد يكون هو بحاجة إلى ما معه من المال. فبان بذلك أن الحوالة نوع من أنواع القضاء، بدليل أن المدين يبرأ بها، كقضاء نفس الدين، أو الاعتياض عنه بسلعة حاضرة مقبوضة في الحال. وإذا كانت كذلك لم تجز إلا في دين قد حل وتنجَّزَ حق الدائن في المطالبة به. =

....

= فتجوز بدين حالٍّ على دين حالٍّ، وهذا لا خلاف فيه. وبدين حالٍّ على دين مؤَجَّلٍ؛ لأن قبول الحوالة معروفٌ من الدائن، دل حديث الباب على الندب إليه، فإذا تحول بما وجب له في الحال، على دين يجب في المآل، فإنما هو زيادة معروف وإرفاق بمدينه، كتأخيره بحقه.

وأما الدين المؤجل فلا يجوز التحول به على دين حالٍّ ولا مؤجل. وذلك مثلُ أن يكون لزيد عليك ألف دينار إلى ستة أشهر، ولك على عمرو ألف مثلُها حالة أو مؤجلة إلى مثل أجل الدين الذي عليك، أو إلى أجل أقرب أو أبعد، فتحيل زيداً بما له عليك، على عمرٍو بما لك عليه، فذلك غير جائز. قال ابن رشد في «المقدمات»: من شروط الحوالة أن يكون دين المحال حالّاً؛ لأنه إن لم يكن حالّاً كان بيعَ ذمةٍ بذمةٍ، فيدخله ما نُهي عنه من الدين بالدين، ومن بيع الذهب بالذهب، والورِق بالورِق، إلا يداً بيد، إن كان الدينان ذهباً أو ورِقاً. إلا أن يكون الدَّينُ الذي ينتقل إليه حالّاً، ويقبض ذلك مكانه قبل أن يفترقا مثل الصرف فيجوز ذلك. اهـ.

وهذا التعليل ينسحب على صورة الجواز، فينتقض بها التعليل، فإن المحال لا يستوفي حقه في الحال، بل ينتقل من ذمتك إلى ذمة غريمك. وهذا يريك أن الحوالة لا تنفك بحال عن كونها بيعَ ذِمَّة بذِمَّة، وأن بيع الدين بالدين وصف لازم لها. فإن قيل: براءة ذِمَّة المُحِيل تدل على أنها ليست بيعاً لدين بدين. فالجواب: أن براءة ذمته أثر من آثار العقد، كثبوت الملك للمشتري في المبيع، وليست صفة له. والله أعلم.

وقال الباجي في «المنتقى»: إذا أحيل به على دين معجل، فهو من «ضَعْ وتعجَّلْ»، وإذا أحيل به على دين مؤجل، فهو من «حُطَّ عني الضمانَ وأزيدُك». وإلى مثله نحا ابن عرفة. ولم يتبين لي وجهه، فإن ذلك مثل أن يكون لك على رجل طعام من سلم إلى أجل مسمى، فتسأله أن يعجل لك طعامك على أن يعطيك أقل في القدر أو أدنى في الصفة، فهذا من «ضَعْ وتعجَّلْ»، أو يسألك أن يعجله لك على أن يعطيك أكثر أو أعلى في الصفة، فهذا من «حُطَّ عني الضمانَ وأزيدُك». والحوالة ليس فيها وضيعة في قدر الدَّين، ولا زيادة يزدادها الدائن على المدين. =

كالإحالةِ بألفِ دينارٍ جزائِريٍّ على مثْلِها، وبقنْطارٍ من بُرٍّ بصفةٍ معلومَةٍ على مثْلِهِ(١).

= والذي يظهر أن الحوالة مستثناة بالسنة من أصل محرم وهو بيع الدين بالدين، اقتضتها الحاجة، كبيع العرايا. وهذا ما ذهب إليه القاضي عبد الوهاب في «المعونة». وقال ابن بطال في «شرح البخاري»: والحوالة عند الفقهاء رخصة من بيع الدين بالدين؛ لأنها معروف، كما كانت العرية مستثناة من المزابنة؛ لأنها معروف، وكما جاز قرض الدراهم بالدراهم إلى أجل؛ لأن ذلك معروف. اهـ. وإذا كان كذلك، فالذي يقتضيه النظر أن لا يُتعدى بها إلى غير موضع الحاجة التي اقتضت الترخيص، وذلك في الديون الحالة دون التي لم تَحُلّ. والله أعلم.

(١) وهذا الشرط مستفاد في جملته وتفصيله من معنى الحَوَالَة؛ فإن معناها تحويل للحق ونقل له من ذِمَّة إلى ذِمَّة، وذلك يقتضي أن ينقل على صفته من التساوي في الجنس، والصفة والقدر، والحلول والأجل. وقد بينا أن التحول بمؤجل على مؤجل لا يجوز عندنا، وإن تساوى الأجلان، وأن التحول بحالٍّ على مؤجل جائزٌ بقياس الأولى على التحول بحالٍّ على حالٍّ؛ لما فيه من الزيادة في المعونة والإرفاق.

واشتراط تساوي الدينين المتحايل فيهما، في القدر والصفة، لا يمنع أن يكون المحيل مديناً للمحال، أو دائناً للمحال عليه، بأكثر أو أقل مما أحال به. وذلك مثل أن تكون مديناً بألف دينار، ودائناً بألفين، فلك أن تُحيل دائنك بألفه على ألفٍ مثلها مما لك على مدينك، أو بنصف دينه على مثله من دينك. وكذلك إذا كنت مديناً بألفين ودائناً بألف، فأحلت بنصف ما عليك على الألف التي لك، فهو جائز.

وينبني على الشروط المتقدمة: أنك إذا كنت مديناً لرجل بدنانير، ودائناً لآخر بدراهم، فأحلت دائنك على مدينك، لم يجز؛ لأن ذلك ليس بحوالة، بل هو صرف لما في الذِمَّة، والصرف يشترط فيه التقابض في الحال. =

فَصْلٌ
في حكم الحَوَالَة

إذا صحَّتِ الحَوَالَةُ ثبتَ حُكمُها؛ بتحَوُّلِ الحقِّ إلى المُحالِ عليهِ تحوُّلاً يبرَأُ معه المُحيلُ، فليس للمُحالِ أن يرجِعَ عليهِ بهِ، ولو تعذَّرَ القبْضُ من المُحالِ عليهِ، بحُدُوثِ حَادِثٍ من موْتٍ أو فلَسٍ(١)،

= وإذا كنت مديناً لرجل بطعام، ودائناً لآخر بثياب، فأحلت دائنك على مدينك، فلا يجوز أيضاً؛ لأنه بيع لدين بدين.

وإذا اتحد الجنس في الدينين، واختلف القدر أو الصفة فلا تجوز الحَوَالَة أيضاً، إلا أن يكون الدين المُحَال عليه أدنى صفة أو أقل قدراً من المُحَال به، كالإحالة بجيد على رديء، وبمئة على ثمانين، فتجوز؛ لأن ذلك زيادة في المعروف من المُحَال، حيث رضي بأقل من حقه، كتحوله بحالٍّ على مؤجل.

أما الحَوَالَة بالأدنى على الأعلى في القدر والصفة، كالتحول عن ثمانين إلى مئة، وعن رديء إلى جيد، فلا تجوز؛ لأنها زيادة في الدين وهي ربا.

(١) نص عليه مالك في القضاء والحمالة والحَوْل من «الموطأ». وقال: وهذا الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا. اهـ.

وخلاصة المسألة: أن المُحَال إذا رضي بالحَوَالَة عالماً بمَلاءِ المُحَال عليه، فلم يقبض منه الدين حتى أفلس أو مات، فلا رجوع له على المُحِيل، وتكون مصيبته عليه؛ لأن حديث الباب لم يشترط إلا ملاء المحال عليه حين الحوالة، فكان حكمُه في براءة المحيل عامّاً فيما يطرأ على المحال عليه بعد ذلك من الأسباب التي تمنع الاستيفاء. ولأن الفلس عيب في الذمة، والموت خراب لها، فإذا طرأ أحدهما على المحال عليه، فهو بمنزلة ما يحدث في السلعة من عيب أو تلف، بعد صيرورتها إلى ضمان المشتري، فيمنعه ذلك الرجوعَ على البائع. وأيضاً فإن اسم الحوالة مأخوذ من معناها، وهو انتقال الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فوجب إذا تعذر الاستيفاء منه بحدوث فلس أو موت من غير ترك وفاء، أن لا تنفسخ الحوالة، كما أن تعذر =

أو بجُحُودِهِ للدَّيْنِ المُحالِ عليه، إلَّا أن يكونَ المُحيلُ عالماً بإفلاسِ المُحالِ عليهِ، ولم يُبيِّنْ للمُحالِ.

= الاستيفاء من الغريم الأصلي لأجل ذلك، لا ينفسخ به العقد الذي ثبت به الدين في ذمته.

ومثلُ فلس المحال عليه وموته مُعدَماً، إذا جحد الدين الذي عليه للمحيل، فليس للمحال الرجوع، إلا أن يشترطه في هذه الأحوال الثلاث؛ فله شرطه فيما رواه سحنون عن المغيرة بن عبد الرحمٰن، وجعله ابن رشد قولاً صحيحاً لا خلاف فيه يعلمه؛ لقوله ﷺ: «**الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ**».

فإن كان المُحَال عليه مُعْدَماً حين الحَوَالَة، لم يخل المُحَال من أن يكون عالماً بعُدْمه أو جاهلاً. فإن كان عالماً ورضي بالحَوَالَة، فلا رجوع له بعد ذلك؛ لعموم قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]. ولأنه كعيب يعلمه من السلعة حين شرائها، فلا رد له به.

وإن كان يجهل عُدْمه، وكان المحيل يجهله مثله، فلا رجوع له أيضاً. وإن أقر أنه كان يعلمه، أو ثبت ذلك عليه ببينة، فله الرجوع؛ لأنه غره وقصد إتلاف ماله، حين أحاله على من يعلم أنه مفلِس دون أن يبين. قال في «التهذيب»: ولو غرك من عُدْم يَعلمُه بغريمه، أو تفليس، فلك طلب المحيل، وإن لم يغرك كانت الحوالة لازمة لك.اهـ.

فإن اتهمه المُحَال على أنه كان يعلم إفلاس المُحَال عليه، ولا بينة له، أُحْلف له على نفي العلم وبرئ؛ لقول النبي ﷺ للحضرمي حين خاصم إليه كِنْديّاً في أرض بينهما: «**أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟**». قال: لا. قال: «**فَلَكَ يَمِينُهُ**».

ويحتمل عندي أن يرجع عليه مطلقاً في حال التدليس وعَدَمه، وهو الذي يفيده إطلاق ابن سلمون في «العقد المنظم للحكام»؛ لقوله ﷺ: «**وإذا أُتْبِعَ أحدُكم على مَلِيٍّ فليَتْبَع**». فدل على أنه إذا أحاله على غير ملي، فاحتال وهو لا يعلم عُدْمه، لم تلزمه الحوالة. ولأن الحوالة بيع ذمة بذمة، والفلس عيب في الذمة المشتراة، فكان كالعيب في السلعة لا يحتاج في الرد به إلى تدليس البائع به، إذا لم يكن يعلمه حين الشراء. والله أعلم.

فَصْلٌ
في تنازع المتحايِلينْ

إذا اختلفَ المتحايِلانِ في كونِ المُحالِ عليهِ مدِيناً للمُحيلِ، أو بَرِيئاً من الدَّيْنِ، فالقَوْلُ قَوْلُ المُحيلِ بيمينِهِ[1]. وإذا اخْتَلَفَا؛ فقالَ

---

(١) فيبرأ من الدين؛ لأن المُحَال مدّعٍ والمُحِيل مدَّعًى عليه، فإذا لم تكن للمدعي بينة، حلف المدعى عليه يميناً وبرئ، وفقاً للقاعدة: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

وإنما كان المُحَال هو المدعي ـ مع أن قوله يتفق مع الأصل؛ وهو براءة ذِمَّة المُحَال عليه من الدين ـ لأنه ما رضي أن يتحول بدينه على غريم المدين، إلا وهو يُقر بوجود الدين، فإنكاره اللاحق ينافي إقراره السابق، فلم يقبل. أو يقال: إن رضاه بالحَوَالَة يتضمن تصديق المُحِيل في ادعاء الدين على المُحَال عليه، وإنكاره بعد ذلك يتضمن تكذيبه، فوجب أن يرد.

وهذا إذا مات المُحَال عليه بعد الحَوَالَة، أو غاب غيبة انقطاع، حتى لا يُطمع بمعرفة قوله. أما إذا كان حيّاً حاضراً، فلا يخلو من أن يصدق المُحَال في قوله، أو يكذبَه.

فإن كذبه فقال: بل أنا مدين لمُحيلك علي، برئ المُحِيل أيضاً كما لو كان المُحَال عليه غائباً أو ميتاً، بل هو أولى. وإن صدقه فأنكر الدين، لم يبرأ المُحِيل إلا ببينة؛ لأن رضا المُحَال بالحَوَالَة مبني على تصديق المُحِيل في ثبوت الدين، وثبوته لا يكون إلا ببينة أو إقرار من المدين، فلما لم يوجد واحد منهما، لم يثبت على المُحَال عليه دين، فتبطل الحَوَالَة حتى لا يَتْوَى حق المُحَال. والله أعلم.

● **تنبيه:**

إذا كان المُحَال عليه ميتاً أو غائباً أو منكِراً للدين، لم تصح الحَوَالَة عليه في المعتمد. قال أبو بكر الوقار في «مختصره» فيما نقله الحطاب عنه: ولا يجوز أن يُحال أحدٌ بحق له قد حل على غائب؛ لأنه لا يُدرى ما حالُه في =

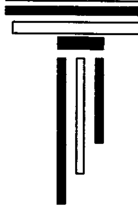
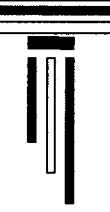
المُحيلُ: وَكَّلتُكَ بقبْضِ الدَّيْنِ ودفعِه إليَّ، أو أحلتُكَ عليه لِتأخذَهُ قرْضاً، وقال المُحالُ: بلْ أحلتنِي عليه بدَيْنِي الذي عليكَ، فالقَوْلُ قوْلُ المُحالِ بيمينِهِ(١).

* * *

= مالِه. ولا يجوز أن يُحال به على ميت بعد موته، وهو بخلاف الحي الحاضر؛ لأن ذِمَّة الميت قد فاتت، وذِمَّة الحي موجودة. اهـ. ويدل له حديث الباب: «وإذا أُتْبِعَ أحدُكُم على مَلِيٍّ فلْيَتْبَعْ». والمَلاءُ والعُدْمُ وصفان متضادان للذِمَّة، وهما في الميت معدومان بانعدام الموصوف، وفي الغائب مجهولان. وأما الحاضر المنكِر للدين فلأن ذلك غرر، إذ لا يُدرى أيقدر المُحِيل على إثبات الدين عليه أم لا؟ وقد ثبت في السنة النهي عن بيع الغرر.

(١) وجملة القول في هذه المسألة: أن يكون عليك دين لرجل، ولك على آخر دين مثله، فتقول لدائنك: وكلتك باقتضاء ديني من غريمي فلان. فلا خلاف أنها وكالة بقبض الدين، وليست حوالة. وإذا قلت له: خذ ديني منه سلفاً، فهي وكالة باقتضاء الدين، وسلف في المُقتضَى، وليست حوالة أيضاً.

أما إذا انعقدت الحَوَالَة بلفظ مشتق من صيغتها، كقولك له: أحلتك بدينك الذي علي، على ديني الذي على فلان، ثم اختلفتما، فزعمت أنك أردت الوكالة بالاقتضاء، أو السلف، فالقول قوله بيمينه في إرادة الحَوَالَة، في أصح القولين؛ لأن اللفظ ينصرف إليها عند الإطلاق، فكان أولى، ولا يحمل على قصد المتكلم؛ لأن الحق تعلق بغيره، ألا ترى أن اليمين محمولة على ما نواه الحالف ولو خالفت نيتُه ظاهرَ اللفظ، إلا في الدعاوى فإنها محمولة على نية المستحلِف؛ لتعلق حقه بها؟ وقيل: يصدق مدعي الوكالة؛ لأن اللفظ يحتمل معنى الوكالة، فيصلح أن يكون مفسراً لنية المتكلم. والله أعلم.

باب الفلس

مَنْ أحاطَ الدَّيْنُ بمالِهِ هو المفلِسُ[1] الذي لا يجوزُ له التَّبَرُّعُ

---

(١) **المفلِس** في اللغة: اسم فاعل من الرباعي: أفلَس يُفلِس، وهو المعدوم الذي لا مال له. وجمعه مفاليس. قال في «النهاية»: أفْلَس الرجُل إذا لم يَبْقَ له مالٌ، ومعناه صارت دراهِمُه فُلُوساً، وقيل: صَارَ إلى حال يُقال: ليس معه فَلْس. اهـ. ومنه جواب الصحابة لرسول الله ﷺ، حين سألهم «**عن المُفلِس؟**»، فقالوا: المُفلِس فينا من لا درهم له ولا متاع. أخرجه مسلم عن أبي هريرة. فأخبروه عن مفلِس الدنيا، وأخبرهم عن مفلِس الآخرة في بقية الحديث.

وحدُّه في الاصطلاح الفقهي: كما ذكرت في الأصل؛ بأن يكون دينه أكثر من ماله، كأن يكون ماله مساوياً في عينه أو قيمته مئة دينار مثلاً، ودينه يزيد على ذلك. وسموه مفلِساً لأن ماله مستحَق عليه لوفاء دينه، فهو معدوم في الحكم.

وأما المُفلَّس فهو اسم مفعول من فلَّس يُفلِّس تفليساً. وذكر له ابن عرفة في «الحدود» معنيين؛ أحدهما أخص والآخر أعم. فالحدُّ الأخص للتفليس: حُكم الحاكم بِخَلْع كل ما لِمدينٍ، لغرمائه، لعجزه عن قضاء ما لَزِمه. وحدُّه الأعم: قيامُ ذي دَينٍ على مدين ليس له ما يفي به.

فبان بهذا التحرير الفرقُ بين المُفلِس والمُفلَّس. وقول مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «الموطأ»: إفلاس الغريم، يحتمل المعنيين؛ أعني عُدْمه وعسره، والحكم عليه بخلع ماله لغرمائه. والله أعلم.

كالهبةِ والصَّدقةِ والقرْضِ والوقْفِ والضَّمانِ[١]. وله أن يَبيعَ ويشترِيَ إذا لم يُحابِ مَنْ يُبايِعُه[٢]، وإذا كان أيِّماً جازَ له نِكاحُ واحدةٍ يستعِفُّ بها[٣]، والنّفقةُ عليها وعلى من تلزمُهُ نفقتُهم من وَالِدٍ وَوَلَدٍ، وما جرَتِ العادةُ بمثلِهِ من نفقةِ العيدِ وأُضحيتِهِ، إذا كان ذلك بالمعْروفِ الذي لا سَرَفَ فيه.

---

(١) على معنى أنه يأثم بفعل ذلك ديانة، أما في القضاء فلا تفسخ حتى يحجر عليه الغرماء أو الحاكم. وإنما لم يجز له التَّبَرُّع إذا استُغرِق ماله بالدَّيْن؛ لأن التَّبَرُّع تطوع منه وأداء الدَّيْن فرض، والفرض مقدم على التطوع إذا تزاحما في عين واحدة، كما أن من فاتته صلاة مفروضة لم يجز له أن يشتغل بالتطوع قبل قضائها.

● **فرع:**

ومما له حكم التَّبَرُّع من تصرف المفلِس: أن يقر بدين لزوجة أو قريب كابنه وأخيه أو صديق يلاطفه ويداخله. فإن فعل ذلك في حال الفلس، دل ذلك على أنه لم يرد حقيقة الإقرار، بل أراد صلتهم ببعض ماله الذي صار لغرمائه، فلهم رد إقراره لأجل التهمة المحتفة به. أما إقراره بدين للأجنبي الذي لا يتهم عليه، فإنه صحيح نافذ ليس للغرماء رده.

(٢) والمحاباة في البيع أن يبيع سلعة بخمسمئة، وقيمتها ألف مثلاً، وفي الشراء أن يشتريها بألف، وقيمتها خمسمئة مثلاً. فمثل هذا لا يجوز للمفلس لما فيه من التَّبَرُّع في ماله، بعد تعلق حق الغرماء بعينه.

(٣) **والأيِّم**: هو الذي لا زوج له، ويطلق على الرجال والنساء؛ قال تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢]. ويفهم مما ذكرت في الأصل أنه لا يجوز له نكاح أكثر من امرأة، إلا بإذن غرمائه، وهو الصحيح في المذهب. وإذا كان متزوجاً أكثر من امرأة حين أدركه الفلس، فليس عليه أن يطلق ما زاد على الواحدة منهن، كما ليس له أن يجدد نكاحاً على امرأة غيرهن.

فإن منعَهُ الغُرَمَاءُ من التَّصرُّفِ، لم يجزْ له مُعاوضةٌ ولا تبرُّعٌ(١).

وليس للغريم ـ مُفلِساً أو غيرَ مُفلِسٍ ـ أن يُسافرَ لتجارَةٍ وغيرِها من الأغْراضِ، إذا منَعَهُ غريمُه وكان دينُه يحُلُّ في أثناءِ غَيبتِهِ(٢).

فَصْلٌ
في الحكم بتفليس المفلِس

ليسَ للحاكِمِ أن يَحجُرَ على غرِيمٍ، إلّا بطلبٍ من غُرمائِه الذينَ

---

(١) وجملة القول في هذه المسألة: أن الغريم إذا كان مفلِساً بقصور ماله عن الوفاء بدينه، فإن تصرفه في ماله، لا يجوز إلا في حدود ما بينا؛ لانعقاد سبب تعلق حق الغرماء بأعيان ما يملك، كالمريض مرض الموت، لا يجوز تبرعه إلا في حدود الثلث؛ لانعقاد سبب تعلق حق الوارثين بما يفضل عن الدَّيْن والوصية. فإذا قام الغرماء على غريمهم المفلِس مطالبين بديونهم، كان لهم منعه من جميع التَّصرُّفات من المعاوضات، فضلاً عن التَّبَرُّعات وما جرت به العادة من النفقات؛ لأن إفلاسه مع قيام غرمائه بالمطالبة يصير حقوقهم متعلقة بماله على الفور. وهذا قول ابن رشد. وقال بعض شيوخ المذهب: لا يملك الغرماء أن يمنعوا المفلِس من البيع والشراء، وما جرت به العادة من النفقات، وهو ظاهر كلام الشيخ خليل وابن عرفة.

(٢) مثل أن يسافر سفراً يعلم أنه لا يقدم منه إلا في صفر، ودينه يَحُلّ في المحرم أو ذي الحجة، فللدائن منعه من السفر؛ لأن عليه ضرراً بتأخير حقه عن مَحِلِّه. وأولى بالمنع من كان دينُه حالاً مستحقّاً للقضاء. فإن عين المدين وكيلاً له يقضي عنه دينه، أو ضمنه ضامن في غيبته، جاز سفره إذا شاء، وكذلك إذا كان معسراً عاجزاً عن القضاء، حتى يستوي عند غريمه سفره وإقامته، فلا يمنع من السفر إذ ذاك، لعدم الفائدة من احتباسه.

حَلَّتْ ديونُهم[(١)]، فيحكُمُ بخُلعِ مالِهِ لهم جمِيعاً، يستوِي في ذلك الطّالبُ والسّاكتُ والمُمْتَنعُ، ومن حلَّ دَيْنُه ومن لم يحلَّ، بعد أن يَثبتَ عنده الدَّيْنُ والفَلَسُ[(٢)].

---

(١) وليس للحاكم أن يحجر على غريم بالتماس منه. ونبه الحافظ في «تلخيص الحبير»، على أن قول بعض الفقهاء: إن النبي ﷺ حجر على معاذ ـ في الحديث الآتي ـ بالتماس منه دون طلب غرمائه؛ يخالف ما صح من الروايات المشهورة، ففي المراسيل لأبي داود التصريح بأن الغرماء هم الذين التمسوا ذلك.

(٢) هذه الفقرة تتضمن جملة من الشروط التي ليس للحاكم أن يحجر على المفلِس إلا بوجودها مجتمعة:

أحدها: لا يحجر الحاكم على مفلِس لغرمائه، إلا بطلب يرفعه إليه واحد منهم أو أكثر؛ لأنه حق خاص، فلا يقضى به إلا بطلب من الذي يخصه، أو وكيله، أو وليه إذا كان محجوراً عليه. فلا يقضى به من غير طلب، ولا بطلب من المفلِس؛ لأنه حق لغيره عليه، وليس لمن استُحق عليه حقٌّ أن يُلزم به مستحِقَّه.

الثاني: أن الحاكم لا يجيب طلباً بالتفليس، إلا من غريم قد وجب دينه، بأن يكون حالّاً من الأصل، أو مؤجلاً قد حل أجله. فلو كان لمفلس غريمان، وكان ديناهما مؤجلين كليهما، لم يكن لهما المطالبة بالتفليس. فإذا حل أحد الدَّيْنين، كان لصاحبه المطالبة بالتفليس، دون الآخر؛ لأن حقه لم يجب بعدُ، غير أن دينه يحل إذا قضى الحاكم بالتفليس، بناء على طلب الذي حل دينه، فيحاص كل واحد منهما بدينه في مال غريمهما.

الثالث: لا يجيب الحاكم طلب غريم بالفلس، إلا بعد ثبوت دينه على المطلوب إما بإقرار منه، أو ببينة من الطالب.

الرابع: أن الغريم لا يُحجر عليه، حتى يثبت لدى الحاكم فَلَسُه، على نحو ما سيأتي بيانه. =

....

=

• فرع:

وإذا أراد واحدٌ من الغرماء تفليس الغريم، وقال الباقون: ندعه يسعى، فُلِّس لمن أراد، كما أشرت في الأصل؛ لأنه وسيلة إلى اقتضاء حقه، فلم يبطل بإسقاط غيره، كالمطالبة بالقضاء، لا تسقط بإبراء البعض أو تأخير المدين بحقه.

ثم إذا فلّسه القاضي، وشاء الآخرون محاصّة القائم في مال المفلَّس فذلك لهم؛ لأن تفليسه لواحد تفليس للجميع. قاله الخرشي. ومعناه: أن التفليس عندنا بمنزلة الموت، فلذلك يحل به ما عليه من ديون مؤجلة، فينتقل حق الغرماء جميعاً من ذمته إلى ما يملك من أموال، كانتقال مال الميت إلى ورثته، غير أن حق الغرماء لا يتعلق بأعيان أموال المفلس، بل بأثمانها، كتعلق حق المرتهن في الرهن.

وإذا ثبت هذا، فلغير المطالبين بالتفليس قبْضُ ما نابهم أو إبقاؤه بيده. فإن أبقوه بيده لم يكن للقائم أن يأخذ منه شيئاً في بقية دينه؛ لأن إبقاءهم حصصَهم بيد المفلس، لا يجري مجرى الإبراء منها، بل يجري مجرى مداينة مستأنفة بعد التفليس، فلم يتعلق بها حق من استوفى حصته.

ولو أن رجلاً من غير الغرماء الذين فُلِّس لهم، أقرضه بعد التفليس أو باعه شيئاً بدين في ذمته، لكان أحق منهم بما يطرأ على ملكه من مال، حتى إذا استوفى حقه، فإن بقي شيء تحاص فيه الغرماء الأولون. وكذلك هاهنا، يكون الغرماء الذين أبقوا حصصهم من التفليسة في يده، أحق فيما يطرأ له من مال، بقدر ما أبقوا، ثم يتحاصون جميعاً فيما زاد على ذلك.

وذلك مثل أن يكون لرجل غريمان زيد وعمرو، للأول ألف دينار، وللثاني ألفان، وكان مبلغ الدين يغترق ما بيد غريمهما، فطلب زيد التفليس، ففلس له، فبيع متاعه بتسعمئة دينار، فحصة زيد منها ثلث جملة الدين، وهو ثلاثمئة، ولعمرو ثلثاه وهو ستمئة. فإن أبقى عمرو حصته بيد الغريم، لم يكن لزيد أن يأخذ منها شيئاً. ثم إن نَمَّى الغريم الستمئة بتجارة، أو استفاد =

وإذا لم يَلَدَّ[١] الغَريمُ بما عليه من الحَقِّ، فمكَّنَ غُرَمَاءَه الذين حلَّ دَيْنُهم من جَمِيعِ ما بيدِهِ من المالِ، ولم يُتهمْ على إخْفاءِ شَيْءٍ، فليس للحاكِمِ أن يُفَلِّسهُ، لِحُصُولِ مَقْصُودِهِ بِغَيْرِهِ.

فَصْلٌ
في موجَب التفليس

إذا حجَرَ الحاكِمُ على المُفلِسِ، ثبتَتْ عليه أرْبعةُ أحْكامٍ.

أحدُها: منْعُه من التَّصرُّفِ في عيْنِ مالِهِ[٢].

= أموالاً من مصادر مختلفة، حتى صار بيده ألف دينار، فيكون عمرو أولى بستمئة منها، ثم يتحاصان في الأربعمئة الباقية، على قدر الدينين. والله أعلم.

(١) فعل مضارع من لَدَّ، وبابه تعِب. والاسم اللَّدَد، وهو شدة الخصومة، يقال: لَدَّ الرجلُ يَلَدُّ فهو ألَدّ، والمرأة لَدَّاء، والجمع لُدٌّ، كأحْمَر وحمراء وحُمْر، ومنه قوله تعالى: ﴿وَتُنذِرَ بِهِۦ قَوْمًا لُّدًّا﴾ [مريم: ٩٧] وقوله ﷺ: «**إِنَّ أَبْغَضَ الرِّجَالِ إِلَى اللهِ الْأَلَدُّ الْخَصِمُ**». أخرجه الشيخان عن عائشة.

والمراد هنا إذا لم يماطل بأداء الدَّيْن، بعد وجوبه وطلبه من صاحبه. ومن هذا المعنى قولُ ابن فرحون في «التبصرة»: روى ابن القاسم عن مالك؛ أنه إذا ثبت عند القاضي اللَّدَد من الغريم فإنه يحبسه، ويُؤدَّب بالضربِ الموجِع، وذلك إذا اتهمه؛ أنه خبّأ مالاً أو غيَّبه، ويحبسه أبداً حتى يؤديَ أو يتبين أنه لا مال له. اهـ. وأصله في كتاب القضاء من «المدونة».

(٢) لأن ماله صار لغرمائه بموجب الحكم، كمن مات فصار ماله لورثته بموجب الشرع. وإذا صار ماله لغرمائه لم يكن له أن يتصرف في شيء منه إلا بإذنهم.

والأصل في مشروعية حجر الحاكم على المفلس في ماله لغرمائه، ما رواه كعب بن مالك؛ أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه في دين =

والثّاني: حُلولُ ما عليه مِن الدُّيونِ المؤَجَّلَةِ، دونَ التي له على غيرِه، كالذي يمُوتُ غرِيماً[(١)].

= عليه. أخرجه الدارقطني والبيهقي. وصححه الحاكم على شرط الشيخين. وروي من حديث عبد الرحمٰن بن كعب مرسلاً، أخرجه أبو داود في «المراسيل».

ولما كان هذا النوع من الحَجْر مختصّاً بالأعيان المالية القائمة من أملاك المفلس، دون ما يطرأ له في المستقبل، لم يمتنع عليه أن يشتري أو يستأجر بدين في ذمته، أو يقترض شيئاً؛ لأن الدائن بهذه المعاملات لا يحاص في المال القائم، بل فيما يطرأ للمفلس من أملاك.

(١) وذلك أن الذمة عبارة عن وعاء اعتباري لازم لأهلية الوجوب، تتعلق به الديون والحقوق. فإذا مات الإنسان خربت ذمته، فما كان عليها من دين انتقل إلى التركة، وذلك يقتضي حلوله. ولما كان الفلس عيباً في الذمة يوجب انتقال الدَّيْن الحال الذي عليها إلى أعيان ما يملك صاحبها، أشبهَ المفلَّسُ من مات غريماً، فوجب أن يحل الدَّيْن المؤجل الذي عليه. فإن كان قد اشترط في المداينة؛ أن دينه لا يحُل بالفلس والموت، فله شرطه؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، والشرط عقد من العقود. ولقوله ﷺ: «**الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ**».

• **فرع في دين المفلس على غيره:**

وأما دين الغريم على غيره، فلا يَحُلّ بموته ولا فلسه. قال ابن المنذر في «الإجماع»: وأجمعوا أن ما كان من دين للمفلس، إلى أجل، أن ذلك إلى أجله، لا يَحُلّ بإفلاسه. اهـ.

والدَّيْن الذي يدعيه المفلس على غيره، لا يخلو من أن يكون ثابتاً له ببينة أو إقرار من المدعى عليه، أو غير ثابت. فإن كان ثابتاً فللغرماء التَّصرُّف فيه إما ببيعه كما سيأتي، أو بتركه على حاله لاقتسامه عند الحلول بالحصاص.

وإن كان الدَّيْن الذي يدعيه المفلَّس على غيره، لم يثبت بعدُ، فلا يخلو =

والثّالثُ: بيْعُ مالِهِ بحضْرَتِهِ لِقَسْمِ ثمنِهِ بين الغُرَمَاءِ.

والرّابعُ: أنّ من وجَدَ عَيْنَ مالِهِ عندَه، فهو أحقُّ به من سائِرِ الغُرَمَاءِ.

فَصْلٌ
فيمن له حق في مال المفلس

كلُّ من ثبتَ له ديْنٌ على المُفلِسِ ببينَةٍ، كان شرِيكاً في المحاصَّةِ بقدْرِ دَيْنِهِ[1]. وكذلك من أقَرَّ له بدَيْنٍ قبْلَ قيامِ الغُرَمَاءِ

= من أن لا تكون له عليه بينة أصلاً، أو له عليه بينة كاملة أو ناقصة. فإن لم تكن له بينة ولا أنكره المدعى عليه، لم يستحق عليه شيئاً بمجرد دعواه. وإن كانت له بينة كاملة؛ شاهدان أو شاهد وامرأتان، وجب عليه إظهارها للقضاء بها، ولا يحل له كتمانها؛ لما في ذلك من تفويت حق غرمائه. وإن كانت له بينة ناقصة؛ شاهد واحد، فإن حلف معه ثبت المال، وتعلقت به حقوق الغرماء، وإن نكل عن اليمين، فللغرماء أن يحلفوا مكانه لتعلق حقهم بالمال. فإذا حلف بعضهم ونكل بعض، استحق الحالف، دون الناكل، من الدَّيْن بقدر حصته.

ومثال ذلك: أن يكون الدَّيْن المدعى مئة دينار، وللمفلس غريمان أحدهما بسبعمئة، والثاني بثلاثمئة، فإذا حلفا معاً أخذ الأول سبعين ديناراً، والثاني ثلاثين. فإن حلف الأول فقط أخذ سبعين، أو الثاني فقط أخذ ثلاثين. وهذا هو المشهور. وقال ابن عبد الحكم: يأخذ الحالف قدرَ دينه كاملاً، وليس قدرَ حصته فقط، ففي المثال المذكور يأخذ الحالف المئة كاملة؛ لأنه أقل من قدر دينه.

(١) وعلى الحاكم أن يُعلن عن تفليس الغريم؛ ليأتي من له دين عليه يحاص بدينه في ماله؛ لقول عمر رضي الله عنه، لما فلَّس الأُسيفع: أما بعد؛ أيها الناس، فإن الأُسيفعَ أُسيفعَ جهينة، رضي من دينه وأمانته، بأن يقال: سبق الحاج، ألا وإنه قد دَانَ مُعرِضاً، فأصبح قدْ رِينَ به، فمن كان عليه دين فليأتنا بالغداة، نقسم ماله بينهم. أخرجه مالك بسند منقطع، ووصله الدارقطني في =

عليهِ، أو بعدَه في مجْلسِ الحُكمِ أو بعدَه بزمَنٍ يَسيرٍ(١).

وإذا عيّنَ المُفلِسُ قِراضاً أو وديعةً، قُبِلَ تعيينُه، إذا شهِدتْ بيِّنةٌ بأصْلِ المُعَامَلةِ(٢). أمّا إذا كان صانِعاً من الصُّناعِ، فقولُه في تعيينِ ما بيدِهِ لأربابِهِ، مقبولٌ مع يمينِ المُقَرِّ له قَبولاً مُطلَقاً(٣).

= «العلل». **دَانَ مُعرِضاً**: اشترى بدين ولم يبالِ بقضائه. **رِينَ به**: أحاط الدَّيْن بماله.

(١) لأن الحكم على المدين بالتفليس يوجب حجراً فوريّاً على جميع تصرفاته كما تقدم، ومنها الإقرار بدين. أما من جاء ببينة على دين له بعد الحكم، فإنه يحاص بدينه مع غيره من الغرماء.

• **تنبيه**:

مذهب «المدونة» أن إقرار الغريم في مجلس التفليس مقبول، بشرط أن تكون ديون الغرماء الآخرين ثابتة بإقرار المفلس، فإن كانت ثابتة ببينة، لم يُقبل. وقال مالك في «الموازية»: إن سبق للمقَرِّ له تعامل بينه وبين المفلس، قُبل إقرارُه مع يمين المقَرِّ له. واختار بعض الشيوخ قَبول إقراره مطلقاً، وهو الذي اعتمدناه في الأصل. والله أعلم.

(٢) على معنى: أن المفلِس إذا ميز مالاً من ماله، وقال: هذا مال فلان وديعة عندي، وأتى ببينة على الإيداع، قُبِل تمييزه وأُعطي المالُ لصاحبه. وكذلك في مال القراض؛ لأنه إذا أثبت أصل المعاملة، كان مؤتمناً على المال، فيقبل تمييزه. فإذا لم تكن له بينة على أصل المعاملة، لم يُقبل إقرارُه ولا تعيينُه في قول ابن القاسم، وهو المشهور. وقال أصبغ: يقبل من غير بينة، كإقراره بالدَّيْن، واختاره اللخمي.

(٣) فلا يتقيد بمجلس ولا يفتقر إلى بينة؛ لأن العادات جارية بقبض الصانع أموال الناس من غير بينة، حيث كان منتصباً للصنعة، بخلاف المقارِض والمودَع.

فَصْلٌ
في صفة بيع الحاكم لمال المفلس

لا يَبيعُ الحاكِمُ مالَ المُفلسِ إلَّا بحضرَتِهِ لقطْعِ عُذْرِه، مع الاسْتقصاءِ في الثّمَنِ عن طريقِ المزادِ العَلَنيِّ، فإذا انقطعَ من يزيدُ على آخرِ من زادَ، باعهُ منه بالخيارِ ثَلاثاً[1].

ويُعجَّلُ بيْعُ ما يُخشَى من تأخيرِه أن يلحقَهُ فسادٌ أو كسادٌ، وكذلك الحَيَوانُ[2]، وأمّا ما يكونُ في تأخيرِه رجاءٌ لبيعِهِ بغلاءٍ، كالعقارِ والثّيابِ والحديدِ والمعادنِ، فإنه ينتظرُ به الشَّهْرَ والشَّهْرَينِ طلباً للزيادةِ في ثمنِه.

وكلُّ ما له قيمةٌ في السُّوقِ من أنواعِ المالِ، يُباعُ في ديْنِ المُفلسِ، من العقارِ والحيوانِ، وسائرِ المنقُولاتِ والعُروضِ المِثليةِ والمُقوَّمةِ، والدَّيْنِ الذي له على غيرِهِ[3].

---

(١) فإذا وجد من يزيد عليه في مدة الخيار، باعه منه، وفسخ البيع من الأول. وهذا الخيار ثابت في كل بيع يتولاه الحاكم على غيره؛ لأن الأصل أن لا يُخرج أحد عن ماله إلا برضاه، فإذا تعين بيع ماله لحق الغير، وجب الاستقصاء في ثمنه لقطع حجة صاحبه.

(٢) لأنه بِعُرْضِ أن يلحقه التغير، مع ما يحتاج إليه من المُؤْنة احتياجاً مستمرّاً.

(٣) مع مراعاة شرط جواز بيع الدَّيْن؛ فلا يجوز بيعه إلا أن يكون المدين حاضراً مقرّاً به، ولا يباع بدينٍ، ولا بعين يتأخر قبضها من المشتري، ولا يكون مشتملاً على ربا فضل ولا نسيئة، كأن يكون الدَّيْن دنانير، فيبيعها الحاكم أو الغرماء، بدنانير مثلها أو أقل منها أو أكثر، أو بدراهم؛ لما في الأول من المبادلة مع تأخر مشتري الدَّيْن في قبض عوضه من الذي عليه =

ولا يُتركُ له إلَّا ما يَدْفعُ الضّرورةَ، في المأكلِ والملبسِ والمسْكنِ. فمِن الطَّعامِ يُتركُ له ولمن تلزمُه نفقتُهم[١]، ما يَكفِي لمُدّةٍ يُرجى في مِثْلِها أن تَتيسَّرَ حالُه. ومن المَلْبسِ ما لا بُدَّ منه في سَتْرِ عوْرَةِ الصّلاةِ والنَّظرِ، ويقِي البدَنَ من الحَرِّ والبرْدِ، ومن المَسكنِ ما يُناسبُ حالَهُ[٢].

وتُتْركُ له آلةُ صنعتِهِ التي لا بُدَّ له مِنْها[٣].

= الدَّيْن، ولما في الثاني من مثل ذلك مع زيادة ربا الفضل، ولما في الثالث من الصرف مع التأخير في قبض أحد العوضين.

(١) وقد بينا في باب النفقات من كتاب النكاح، من تلزمه نفقة غيره، وهم: الزوجات، والأولاد الصغار، والبنات الكبار حتى يتزوجن، والوالدان الفقيران.

أما من التزم المفلِس نفقته، ممن لا يجب عليه الإنفاق بحكم الشرع، كصديقه وأخيه وأخته، فلا يترك له شيء؛ لأن التزامه لهذه النفقة تبرع منه، والمفلس محجور عن معاوضاته فضلاً عن تبرعاته.

(٢) فإن كان متوسط الحال، وكان يناسبه ـ بالنظر إلى مثله في الحال من أهل بلده ـ مسكن من ثلاث غرف، بصفة مساكن أهل بلده، وكان يملك مسكناً من خمس غرف، في مثل صفته من البناء، بِيع عليه مسكنه المملوك، واشتري له مسكن مناسب.

(٣) كآلة الخياطة للخياط، وآلة النجارة للنجار. فأما ما كان من آلة الصنعة التي ليست من صنعته، وآلة صنعته التي لا يحتاج إليها، فإنها تباع.

● **فرع في بيع الكتب في التفليس:**

تباع كتب العلم في الفلس، كسائر الأموال التي تفضل عن حاجته التي لا غنى به عنها. قال الحطاب في شرح قول الشيخ خليل في كتاب الحج: «**أَوْ مَا يُبَاعُ عَلَى الْمُفَلَّسِ**»: يلزمه ـ يعني الصَّرورة الذي ليس معه من النقود ما يحج =

وهذا حُكمُ من أفْلسَ بديُونٍ نَشأتْ من مُعاملَةِ النَّاسِ له؛ أمَّا من استُغرقتْ ذِمّتُهُ بالمظَالمِ الماليةِ، فإنه إذا قُدِرَ عليهِ لا يُتركُ له إلّا ما يَسدُّ الرَّمقَ من الطّعامِ، وما يستُرُ العَورَةَ من اللِّباسِ(١).

= به ـ أن يبيع من عروضه ما يبيع القاضي على المفلَّس من رَبْع وعقارٍ، وماشيةٍ وخيلٍ ودوابَّ، وسلاحٍ، ومصحفٍ، وكتبِ العلم. وفي كلام صاحب «الطراز» إشارةٌ إلى أنه يلزمه بيعُها، وإن كان محتاجاً إليها. **الضَّرورة**: الذي عليه حجة الإسلام. **رَبْع**: أرض.

وقال الباجي في «شرح الموطأ»: ويباع على المفلَّس سريرُه وقُبَّته، ومصحفه، وخاتمه. قاله مالك. واختلفوا في بيع كتبه؛ فقال مالك في «الموازية»: لا تباع عليه كتب العلم. قال: وكان غيرُه من أصحابنا يجيز بيعها في الدين وغيره.اهـ. ثم ذكر أن الخلاف في بيع الكتب في الفلس، مبني على الخلاف في جواز بيعها. وقد ذكرت في باب الجعالة من كتاب الإجارة، أن هذا الخلاف آل إلى وفاق على جواز بيعها.

فبان بهذا أن كتب العلم تباع في التفليس، ولو كانت من كتب الشريعة وما يتصل بها، كالفقه والتفسير والحديث والعربية، وهي مما يحتاج إليه العالم للاشتغال عليها ـ أعاذ الله الفقهاء من فلس الدنيا والآخرة ـ فضلاً عن الكتب التي لا يحتاج إليها، والكتب التي فيها علوم غير علوم الشريعة.

ويتجه عندي أن الكتب التي يحتاج إليها صاحبها في عمله، كمقررات التعليم التي يعتمد عليها المعلم والأستاذ، لا تباع عليه في التفليس؛ لأنها تجري مجرى آلة الصنعة للصانع. والله أعلم.

(١) **وتفصيل الفرق بينهما**: أن المفلِس إنما أحاط الدَّيْن بماله بسبب معاملة الناس له عن طواعية ورضا، كمن بايعه بدين أو أقرضه. فهو يملك المال الذي حصل له بالمداينة، أما من تسلط على مال غيره ظلماً وعدواناً، فإنه لا يملكه بذلك أصلاً؛ لقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. =

فَصْلٌ

في قسم الثمن بين الغُرَمَاء وانفكاك الحجر

يُقْسَمُ الثَّمنُ بين الغُرَمَاءِ على نِسَبِ دُيُونِهم[١]، فمن كان دائِناً

= فدلت الآية على حرمة التسلط على مال المسلم بأي وجه من الوجوه التي أبطلها الشارع، ويشمل ذلك ما تسلط عليه عدواناً بغير رضا صاحبه، كالغصب والسرقة والرشوة والمكس، وما أشبه ذلك، وما نهى الشرع عنه وإن رضي صاحبه بالمعاملة عليه، كالربا والقمار وحلوان الكاهن ومهر البغي وثمن الكلب.

فمن تعدى على مال غيره، وجب عليه رد عينه لصاحبه، إن كان لم يزَل قائماً عنده لم يتغير ولم يتصرف فيه، فإن لم يعلم صاحبه صُرف في منافع المسلمين العامة. أما إذا استهلكه أو تصرف فيه ببيع أو هبة، فإن عليه ضمان مثله لصاحبه، أو قيمته إن لم يكن له مثل. ويكون الضمان ديناً في ذمته. فإذا تراكمت عليه ديون الناس، حتى كان المال الذي في يده في أعيانه أو أصوله من أموال الناس، فهو مستغرق الذمة بالمظالم، فيحجر عليه لتوفية حقوق الناس مما بيده، ولا يترك له إلا ما يدفع ضرورته الحاضرة، ولا يجوز لمسلم معاملته على بيع، ولا قبول هبته، ولا حضور وليمته. وكذلك من كانت مكاسبه كلها من الحرام، وأما من كانت مكاسبه من الحلال المشوب بالحرام؛ فينظر إن غلب الحرام عليها استحب تجنب معاملته وحضور ولائمه؛ لقوله ﷺ: **«فَمَنِ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ»**. أخرجه الشيخان عن النعمان بن بشير. وإن غلب عليها الحلال جاز من غير كراهة.

(١) بأن تجمع الديون، ويقسم دين كل واحد على المجموع، فما نتج منه فهو نسبته في المحاصة. مثال ذلك: لزيد: (٥٠) ديناراً، ولعمرو: (٧٠) ديناراً، ولبكر: (٨٠) ديناراً. فمجموع الدَّيْن: (٢٠٠) دينار. ونسبة زيد منه: (٥٠/ ٢٠٠ = ٢٥٪)، ونسبة عمرو: (٧٠/ ٢٠٠ = ٣٥٪)، ونسبة بكر: (٨٠/ ٢٠٠ = ٤٠٪). =

بالرُّبعِ من جُمْلَةِ الدَّيْنِ، أخذَ رُبعَ الثَّمنِ، ومن كانَ دائِناً بالسُّدسِ أخذ سُدسَه، وَهَكَذَا فِي غَيْرِهما مِنَ النِّسَبِ.

وليس للحاكِمِ أن يُؤخِّرَ الحاضِرينَ من الغُرَمَاءِ بالقَسْمِ، حتَّى يُثبتُوا لديْهِ أن لا غريمَ للمُفلسِ سِواهُم[1]. وإذا ظهَرَ غريمٌ بعدَ

= ومعلوم أن هذه القسمة إنما تصح حيث تجانست الديون، بأن كانت كلها نقدية متحدة العملة، كالدينار الجزائري، فإن كانت متعددة العملة، كالدينار والريال، قُوِّم دين العملة الأجنبية بعملة البلد، وأخرجت منها حصص الغرماء. وإن كان بعض الدَّيْن نقوداً وبعضه عرضاً، قُوِّم العرْض بقيمة النقود، واشتري لصاحبه منه عرْض مثله بقدر سهمه من الثمن. كأن يكون للمفلَّس غريمان، غريم بمئة وغريم بثوب قُوِّم بخمسين، وبِيع مالُه بستين، فيعطى الأول ثلثيه أربعين، ويشترى للثاني بالثلث الباقي وهو عشرون، ثوب بصفة ثوبه الذي في ذمة الغريم.

فإن اختار أن يأخذ من دينه نقوداً فهو بيع لدينه، فيجوز ما لم يكن دينه طعامَ مُعاوضةٍ؛ لأنه لا يجوز لك بيع الطعام قبل استيفائه من صاحبه الذي باعه منك؛ لقوله ﷺ: «**مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ**». أخرجه مالك وغيره عن ابن عمر. وذكر مالك في السُّلفة في الطعام من كتاب البيوع، فيمن سلَّف في طعام، فحلَّ الأجل ولم يجد المسلم إليه ما يُوفِّي منه الطعام الذي عليه، فأراد أن يفسخ الدينَ في شيء آخر، أنه لا يجوز إلا بطريق الإقالة، فيرد له مثل ثمنه. قال: ذلك أنه إذا أخذ غير الثمن الذي دفع إليه، أو صرفه في سلعة غيرِ الطعامِ الذي ابتاع منه، فهو بيعُ الطعام قبل أن يُستوفى.

(١) لأنه ليس من شرط استحقاق الغريم لدينه، أن يُحصي غيره من غرماء مدينه، بل ذلك مستحق له على الإطلاق، ولأن غيره من الغرماء لا يُعرفون إلا من جهة مدينه أو الشهداء على الدَّيْن، وفي مطالبة الغريم بإحصاء غيره من الغرماء، قبل تمكينه من حقه، تكليف له بإثبات ما لا يُعرف إلا من جهة غيره، وهو خلاف الأصول. =

القَسْمِ، رجَعَ على كلُّ مُشتركٍ في القِسْمةِ بقدْرِ نسبتِهِ في المُحاصّةِ(١).

= وهذا بخلاف الورثة؛ فإنهم لما كانوا محصورين معروفين بعضهم لبعضٍ، وكان حقهم في المال الذي تركه موروثهم، ثابتاً على جهة الاشتراك في عينه، لم يجز أن يقسمه القاضي بينهم، إلا بعد أن يثبتوا له حصر أنفسهم؛ بأن يستشهدوا شهيدين يشهدان أنْ «لا نعلم له وارثاً غيرهم». ولا يصح أن يشهدا أنْ «لا يوجد له وارث غيرهم». لأن الشاهد إنما يشهد على ما يعلم من الموجود؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا شَهِدْنَآ إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا وَمَا كُنَّا لِلْغَيْبِ حَـٰفِظِينَ﴾ [يوسف: ٨١]، فيشهد على ما علم من الوارثين، وأنه لا يعلم غيرهم، وقد يوجد وارث لا يعلمه الشاهد.

(١) مثال ذلك: أن يقوم على المفلس غريمان، لأحدهما (١٠٠) دينار، وللآخر (٢٠٠) دينار. ويكون مبلغ ماله (٩٠د)، فيقسم عليهما؛ ينوب الأول منه ثلثه: (٣٠د)، والثاني ثلثاه: (٦٠د). ثم يطرأ غريم جديد بدين قدره (٣٠٠د). فتكون حصته في المال: (٣٠٠/ ٦٠٠ = ١/ ٢)، فينوبه: (٤٥د). وحصة صاحب المئة: (١٠٠/ ٦٠٠ = ١/ ٦)، فينوبه: (١٥د). وحصة صاحب المئتين (٢٠٠/ ٦٠٠ = ١/ ٣)، فينوبه: (٣٠د). فيرجع الغريم الطارئ على الأول بـ(١٥د)، وعلى الثاني بـ(٣٠د).

وإذا اقتسموا المال، ثم ظهر بعض أموال غريمهم مستحَقّاً بعد البيع، رُد لصاحبه من يد الذي اشتراه، ورجع المشتري على البائع المفلّس بما دفع له من الثمن، فصار بمنزلة غريم طرأ على الغرماء بعد القسم. وكذلك الحكمُ في الذي يموت غريماً فيقسم الوارث أو الوصي ماله بين غرمائه، ثم يظهر غريم كان غائباً، فإنه يرجع على كل واحد من المقتسمين بما ينوبه مما يخصه، على ما يقتضيه الحساب. فلو كانوا ثلاثة غرماء متساوين في ديونهم، ثم طرأ غريم رابع لَهُ على المدين مثلُ ما لهم، لرجع على كل واحد بالربع مما أخذ. ولو كانوا اثنين رجع على كل واحد بالثلث. =

وينفكُّ الحَجْرُ عن المفلسِ بمجرّدِ القَسْمِ، دون حاجةٍ إلى حُكمِ الحَاكِمِ بهِ(١).

= ولا يأخذ الغريم الطارئُ موسراً بمعسرٍ، ولا حاضراً بغائب، ولا حَيّاً بميت؛ لأن شركتهم في ملك ما اقتسموا شركةُ جَبْر، كشركة الورثة في مال الميت، فلم تقتض التضامن بينهم في الغرم، بخلاف شركة الاختيار التي تنعقد في الصنائع والتجارات، فإنها تقتضي التضامن بين الشركاء فيما يثبت عليها من ديون. فيأخذ الدائنُ حاضرَهم بغائبهم ومعسرهم بموسرهم، وحيهم بميتهم، بل له أن يأخذ من يشاء منهم بما على الجميع، ثم يرجع الغارم على شركائه، بما زاد على نصيبه في الغرم.

وهذا إن اقتسم غرماء المفلّس أو الميت المال وهم لا يعلمون أن له غريماً لم يحضر، وإلا كانوا غاصبين لحقه غصباً مشتركاً، وذلك يقتضي التضامن بينهم في الغرم كشركاء الصنائع والتجارات، فيأخذ الموسرَ منهم بالمعسر، والحاضر بالغائب، والحي بالميت.

وإذا كان الميت مشهوراً بالدين، أو علم وارثه أو وصيه أن له غريماً غير الذين حضروا القسمة، ثم قسم المال بينهم، فللغريم الطارئ أن يرجع على الوارث أو الوصي بما يخصه؛ لأنه هو الذي تسبب في إتلاف حقه، ثم له أن يَتْبَع من أخذ أولاً بما غرم للطارئ.

● فرع:

ومثلُ الغرماء يطرأ عليهم غريم بعد القسمة، فيما ذكرنا من الحكم، الورثةُ يطرأ عليهم وارثٌ مثلهم، أو الموصى لهم يطرأ عليهم موصى له مثلهم. وأما إذا طرأ غريم على الورثة بعد القسمة، فإنه يرجع على المليء منهم بجميع حقه، حتى يستوفيه أو يستغرق ما أخذ الوارث، ثم يتبع سائر الورثة ببقية حقه، سواء كانوا عالمين بالدين أم لا؛ لأن حقهم لا يتقرر في التركة إلا بعد حق الغرماء؛ لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١].

(١) فله أن يعامل الناس بعقود المعاوضات والتَّبَرُّعات والتوثيق. وإذا =

فَصْلٌ

في حبس المدين

من كان مدِيناً بدَيْنٍ قدْ وجبَ قضاؤُهُ، ورفَعُه الغُرَمَاءُ للحاكِمِ لِيُخَلِّصَ لهم حُقوقَهم من مالِهِ، فلا يخْلُو حالُه من أن يكُونَ في الواقِعِ مُعسراً ليس له مالٌ أصْلاً، أو مُفلِساً له مالٌ لا يَفِي بدَيْنِه، أو مَلِيّاً قادِراً على الوَفاءِ. فإن خَفِي حالُه على الحاكِمِ، فلم يَتَبَيَّنْ عُسرُه من يُسرِه، واتَّهمَهُ على إخْفاءِ مالٍ لهُ، حبَسهُ بقدْرِ ما يَكشِفُ عن حقيقةِ حالِهِ[1]، فإن بانَ مُعسِراً خَلَّى سَبيلَه، وأُنظِرَ إلى حالِ

= طلب الغرماء منه أن يحلف لهم أنه لا مال له غير ما ظهر، فلهم ذلك ما لم يتم القَسْم، وحينئذ يتعلق انفكاك حجره على يمينه، فإن حلف انفك وإن نكل بقي محجوراً عليه إلى أن يحلف.

(١) وليس للحاكم أن يمسكه في الحبس إذا أتى ببينة تثبت عسره، وحلف يميناً معها؛ قال علي رضي الله عنه: حبس الرجل في السجن بعد معرفة ما عليه من الحق ظلم. رواه محمد بن إسحاق، عن محمد بن علي بن الحسين، عن علي. ذكره ابن حزم في «المحلى» وعزاه للقاسم بن سلام، وابن القيم في «الطرق الحكمية»، وعزاه لأبي داود في غير السنن، وابن أبي شيبة، وأبي حاتم الرازي؛ رووه أربعتُهم بأسانيدهم إلى ابن إسحاق. ولأن الحبس مشروع إما لإثبات عسره أو حمله على القضاء، وقد ثبت عسره، وتعذر منه القضاء، فلا فائدة في الحبس.

والبينةُ: شاهدان أو شاهد وامرأتان، يشهدون أنهم لا يعلمون له مالاً ظاهراً ولا باطناً. فإذا لم تكن له بينة حاضرة، وسأل الحاكم أن يطلقه لمدة معلومة يأتي فيها بالبينة، وأعطى كفيلاً يكفله، أجابه لذلك. فإذا مضت المدة، ولم يأتِ ببينة، لزم الكفيلَ إحضارُه للحاكم، فإن لم يفعل ضمن الدَّيْن للغرماء، إلا أن يثبت عُسرَه، في قول اللخمي. وقال ابن رشد: يضمن ولو =

الميْسرَةِ[١]، وإن بانَ مُفْلِساً حكمَ فيه بنحْوِ ما مَضى، وإن بانَ مَليّاً

= أثبته. والأول هو المشهور مذهباً والأظهر دليلاً؛ لأن الحاكم متى ثبت عنده عسر الغريم لم يجز له إمساكه في الحبس، ولا فرق بين أن يثبته الغريم أو وكيله أو كفيله، وإذا وجب تسريحه بعد ثبوت عسره، لم يستحق عليه شيء في غيابه، فلم يستحق على كفيله شيء؛ لأن ما يجب بالكفالة فرع عما يجب بالأصالة.

فإن قيل: كيف يحبس من خفي حاله من الغرماء، مع أن الأصل في الناس العُدم؛ لأن المال مكتسب لهم، فالقياس يوجب أن يحمل من خفي حاله على هذا الأصل، فلا يُحبس؟ فالجواب: أنه لما كان الغالب من أحوال الناس اليسار، حمل حال الغريم عليه في قول علمائنا، حتى يثبت العُدْم؛ لأن الغالب لما كان متأخراً عن الأصل، قدم عليه في الحكم، كالناسخ مع منسوخه.

● **فرع في دليل حبس الغريم للكشف عن حاله:**

روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده؛ أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة. أخرجه أصحاب «السنن» عدا ابن ماجه. وحسنه الترمذي وصححه الحاكم. وفيه دليل على جواز الحبس في التهم في الجملة، ومنها اتهام الغريم الذي يدعي العسر ولا بينة له، لينكشف ما وراءه. وترجم أبو داود على هذا الحديث بقوله: باب في الحبس في الدين وغيره.

(١) لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]. فدل ذلك على أنه لا سبيل على الغريم ما دام معسراً، لا في ماله حيث لا مال له، ولا في بدنه حيث تعلق الحق بماله، فلا يجوز حبسه، كما ذكرت في الأصل، ولا مؤاجرته لاستيفاء الدَّيْن من أجرته، ولو كان ذا صنعة يتكسب بها، ولا بيعه للاستيفاء من ثمنه، كما كانوا يفعلون في الجاهلية وأول الإسلام.

● **تتمة:**

حث الشرع غريم المعسر على التجاوز عنه، وحثَّ غيرَه على الصدقة =

أمْرَه بالقضاءِ في الحالِ، فَإن امتنعَ ضيَّقَ عليه بالضَّرْبِ وتأبيدِ الحبسِ عليه حتَّى يفعلَ، أو يُعطِي كفيلاً بِدَيْنِهِ[1].

= عليه؛ قال الله ﷻ في تمام الآية السابقة: ﴿وَأَن تَصَدَّقُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، وقال ﷺ: **«كَانَ رَجُلٌ يُدَايِنُ النَّاسَ، فَكَانَ يَقُولُ لِفَتَاهُ: إِذَا أَتَيْتَ مُعْسِراً فَتَجَاوَزْ عَنْهُ، لَعَلَّ اللهَ يَتَجَاوَزُ عَنَّا. فَلَقِيَ اللهَ، فَتَجَاوَزَ عَنْهُ»**. أخرجه الشيخان عن أبي هريرة. وعن أبي سعيد الخدري، قال: أُصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: **«تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ»**. فتصدق الناس عليه، فلم يبلُغ ذلك وفاءَ دينِه، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: **«خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ»**. أخرجه مسلم.

(١) لقوله ﷺ: **«لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ»**. أخرجه أصحاب «السنن» عدا الترمذي، من حديث عمرو بن الشريد عن أبيه. وصححه ابن حبان والحاكم. وعلقه البخاري. **لَيُّ**: مطل. **الواجد**: القادر على القضاء. ووجه الدليل من الحديث: أن النبي ﷺ جعل السبيل على المماطل، بأن يذكره الدائن بين الناس بمطله، وأن يعاقب. ويجوز تفسير العقوبة بالضرب والحبس؛ لأنها عقوبة مناسبة لحمله على القضاء، وقد فسر كثير من علماء السلف العقوبة بالحبس. قال ابن المبارك: **يحل عرضه**: يغلظ له، **وعقوبته**: يحبس له. وقال ابن المنذر فيما نقله عنه ابن قدامة في «المغني»: أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم، يرون الحبس في الدين. اهـ. وقال وكيع: ما أدركنا أحداً من قُضاتنا؛ ابنَ أبي ليلى وغيرَه، إلا وهو يحبس في الدين. أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف».

● **فرع:**

إذا ادعى الغريم الفلس، وظاهر شأنه في ملبسه ومركبه ونحو ذلك، =

فَصْلٌ

في من وجد ماله بعينه عند المفلس

من باعَ متاعاً له بدَيْنٍ في ذِمَّةِ المشترِي، ثم وجدَه عندَه بعيْنِهِ، بعد فَلَسِه، فهو أحقُّ به من سائِرِ الغُرَمَاءِ[1]. وليس كذلكَ الحُكمُ في غريمِ المَيتِ[2].

= يدل على يساره، حبس ولا يطلق إلا أن يأتي ببينة على عسره، أو يَعِدَ غرماءه بالقضاء، ويسأل الإمهال لنحو يوم أو يومين، فيجاب لذلك ويطلق بكفيل. وكذلك إذا سأل الإمهال ريثما يبيع ماله.

(١) فإن شاء أخذه، ولو اقتضى بعض ثمنه رد ما اقتضاه، وإن شاء تركه وحاصَّ بثمنه في مال المفلس؛ لقوله ﷺ: «**مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ، عِنْدَ رَجُلٍ ـ أَوْ إِنْسَانٍ ـ قَدْ أَفْلَسَ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ**». أخرجه الشيخان عن أبي هريرة. وهذا لفظ البخاري.

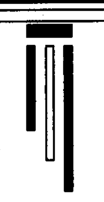
ومفهوم قوله: «**بعينه**» أن المتاع إذا وجد متغيراً، لم يكن لصاحبه أن يأخذه. إلا أن هذا المفهوم ليس مطلقاً، بل فيه تفصيل؛ فإن كان المفلس هو الذي أحدث فيه التغيير، كطحن الحب، وتفصيل الثوب، فصاحب المتاع يكون أسوة غيره من الغرماء، أما إن كان المتاع تعيب بسبب سماوي أو بفعل المفلس أو أجنبي، فلا يمنعه ذلك من أخذه.

(٢) فإذا مات رجل وعليه ديون، منها ثمنُ سلعة كان قد اشتراها، وكانت السلعة لم تزل قائمة بعينها في ماله حين موته، فإن صاحبها الذي باعها منه يكون أسوة الغرماء بثمنها، ولا يكون أولى بها؛ لأن الحديث السابق قاصر على المفلس، فدل بمفهومه على أن الميت بخلافه في الحكم. ودل عليه أيضاً بمنطوقه، ما أخرجه مالك من حديث أبي بكر بن عبد الرحمٰن بن الحارث بن هشام، مرسلاً: «**أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعاً، فَأَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَهُ مِنْهُ، وَلَمْ** =

وإذا بذلَ له بقيةُ الغُرَمَاءِ ثمنَهُ الذي باعَه به، لم يكنْ لهُ انتزاعُه منهم، ولو غلَا ثمنُ مثلِهِ في السُّوقِ، كما ليس لهم أن يُجبرُوه على أخذِه إذا رخَصَ.

* * *

= يَقْبِضِ الَّذِي بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً، فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ. وَإِنْ مَاتَ الَّذِي ابْتَاعَهُ، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ فِيهِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ».

بابُ الحجْر(١)

أسْبابُ الحَجْرِ سبْعةٌ: الصِّغرُ، والجنُونُ، والسَّفهُ، والتفْليسُ، والرِّقُّ، والمرَضُ المُخْوِفُ، والنِّكاحُ في حِقِّ المرْأةِ.

والحَجْرُ على ضربيْنِ: حجْرٌ على الإنسانِ لحقِّ نفسِهِ، ولحقِّ غيرِهِ. فالأوّلُ الصغيرُ والمجنُونُ والسّفِيهُ، والثاني العبْدُ لحقِّ سيدِهِ، والمرِيضُ لورثَتِهِ، والمفلسُ لغرمائِهِ، والزوجَةُ لزوْجِها.

فَصْلٌ
في الصغار(٢)

والصَّغيرُ كُلُّ من لم يبْلُغِ الحلُمَ بإحْدَى علاماتِ البُلوغِ، وهي:

---

(١) **الحَجْر** في أصل اللغة: المنع؛ قال تعالى حكاية عن أهل الجاهلية: ﴿وَقَالُواْ هَٰذِهِۦٓ أَنۡعَٰمٞ وَحَرۡثٌ حِجۡرٞ لَّا يَطۡعَمُهَآ إِلَّا مَن نَّشَآءُ بِزَعۡمِهِمۡ﴾ [الأنعام: ١٣٨]، أي: ممنوعة (محرمة) لا يطعمها إلا خَدَم الأصنام. وقوله: ﴿وَيَقُولُونَ حِجۡرٗا مَّحۡجُورٗا﴾ [الفرقان: ٢٢]. أي: حراماً محرماً.

ويختص في الشرع بمنع الإنسان من التصرف في ماله، لنقصان في أهليته أو لتعلق حق الغير بالمال.

(٢) والصغير ـ أو الصبي ـ على قسمين: مميز، وغير مميز. أما الصبي المميز فهو الذي يفهم ما يخاطب به من كلام العقلاء، ويحسن الجواب عنه. كما ذكرت في أول كتاب البيوع. وأما غير المميز، فهو الذي يكون دون ذلك. والمجنون مثله في الحكم بجامع فَقْد التمييز في كل منهما.

الاحْتلامُ، والحيْضُ، والحمْلُ، والإنْباتُ[1]، فإن بلَغَ السِّنَّ التي

---

(١) أما الاحتلام؛ فلقوله ﷺ: «**رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ؛ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ**». أخرجه أصحاب السنن عدا الترمذي، عن عائشة. وصححه ابن حبان والحاكم. وأخرجه أصحاب السنن أيضاً من حديث علي بلفظ مقارب. وقال الحافظ في «الفتح» وأصله لابن بطال: وقد أجمع العلماء على أن الاحتلام في الرجال والنساء، يلزم به العبادات والحدود وسائر الأحكام، وهو إنزال الماء الدافق، سواء كان بجماع أو غيره، سواء كان في اليقظة أو المنام. وأجمعوا على أن لا أثر للجماع في المنام إلا مع الإنزال. اهـ.

وأما الحيض؛ فحكى ابن المنذر وابن قدامة في «المغني» الإجماع عليه. وقال الحافظ في «الفتح» وأصله لابن بطال: وقد أجمع العلماء على أن الحيض بلوغ في حق النساء.

وأما الحمل؛ فلأنه لا يكون إلا ممن تحيض؛ وذلك أن المبيض يلقي في الرحم بييضة واحدة في كل شهر في العادة، فإذا تلقحت بالحيوان المنوي تخصبت وكان منها الولد بإذن الله، وإذا لم تتلقح فسدت وألقاها الرحم مع الدم الذي تراه المرأة في حيضتها.

● **تنبيه:**

اعتبر الفقهاء الاحتلام في المرأة علامة على بلوغها كالرجل، مع أنه نادر في النساء لا يكاد يعرف. ثم بنوا عليه قولهم: إن الحمل علامة على البلوغ؛ لأنه مزيج من ماء الرجل وماء المرأة الذي يكون منه الاحتلام. وهذا الاستدلال فيه نظر؛ لأن الماء الذي يخرج من المرأة عند اشتداد الشهوة باحتلام أو ملاعبة أو نظر إلى مشهد مثير، ليس هو الماء الذي يتكون منه الولد، وهو البييضة الخارجة من المبيض. والله أعلم.

وأما الإنبات فالمراد به بروز الشعر الخشن على العانة، دون الزغب، ودليل اعتباره علامةً حديثُ عطية القرظي؛ قال: عُرضنا على النبي ﷺ يوم قريظة، فكان من أنبت قُتل، ومن لم يُنبت خُلي سبيله، فكنتُ ممن لم يُنبت =

جرَتِ العَادةُ أن أحَداً لا يبلُغُها إلا احْتلَمَ، صَارَ بالغاً في الحُكْمِ(١).

= فخُلي سبيلي. أخرجه أصحاب السنن، وصححه الترمذي وابن حبان والحاكم.

وأما قول الشوكاني في «النيل»: قد أخرج نحو حديث عطية الشيخان من حديث أبي سعيد بلفظ: فكان يكشف عن مؤتزر المراهقين، فمن أنبت منهم قتل، ومن لم ينبت جعل في الذراري. اهـ. فهو وهم منه رَحِمَهُ اللهُ إذ لم أجد هذا اللفظ في الصحيحين، بل ولا في السنن. والله أعلم.

(١) وهذا هو الصحيح من قول مالك رَحِمَهُ اللهُ، على ما صرح به القاضي عبد الوهاب في «التلقين» و«الإشراف» و«المعونة»، ودل عليه كلام ابن القاسم في كتاب الحدود من «المدونة». وأما تقديره بعدد مسمى من السنين، فهو من قول أصحابه؛ فقال بعضهم: سبع عشرة سنة قمرية، أو ثماني عشرة. وقال بعضهم: خمس عشرة. قال أصبغ: والذي نقول به: إن حد البلوغ الذي تَلزم به الفرائض، خمس عشرة سنة؛ وذلك أحب ما فيه إلي وأحسنه عندي؛ لأنه يسهم فيه في الجهاد لمن حضر القتال. اهـ. نقله ابن عبد البر في «الكافي». ودليل هذا القول من السنة قول ابن عمر: عُرضت على النبي ﷺ يوم أُحد، وأنا ابنُ أربعَ عشرة سنة، فلم يُجزني، وعُرضت عليه يوم الخندق، وأنا ابنُ خمسَ عشرة، فأجازني. أخرجه الشيخان.

ووجه قول مالك: أن البلوغ إنما يثبت في الأصل بعلامة تظهر في البدن، وأجمع العلماء من ذلك على الاحتلام، فوجب أن لا يحكم ببلوغ من لم ير احتلاماً حتى يحتلم، إلا أن إطلاق هذا الحكم يؤدي إلى إسقاط التكليف عمن بلغ ثلاثين أو أربعين سنة ولم يحتلم، وهو خلاف الإجماع. فوجب أن يرجع إلى تقييده بالسن، وإنما اعتبرنا أقصى السن الذي يحتلم فيه الناس، ولم نعتبر المتوسط ولا الأدنى من ذلك؛ لأن اعتبار ما دون الأقصى يؤدي إلى إزالة أمر متيقن وهو الصغر الثابت بالاستصحاب، بأمر مشكوك فيه وهو البلوغ، وهو خلاف القاعدة. ولو صح تقدير سن البلوغ بخمس عشرة سنة تقديراً مطلقاً، ووجد الناس في إقليم شديد البرودة، لا يحتلمون إلا في السابعة عشرة، للزم من ذلك إلزامُ الصغار الأحكامَ التي تلزم الكبار. =

ومتى أقرَّ المراهِقُ بالاحْتلامِ صُدِّقَ، إذا كان ذلكَ في سِنٍّ تحتَملُه، كالرَّابعةَ عشْرةَ والخامِسةَ عشْرةَ.

فَصْلٌ
في تصرفات الصبيان

والصَّبيُّ محجُورٌ عليه أصالةً(١)، وتصرفاتُهُ باطِلةٌ قبلَ التَّمييزِ، وهي بعدَهُ على نوْعينِ: معاوضاتٌ كالبيْعِ والشِّراءِ، وتبرُّعاتٌ كالهبَةِ والكفَالةِ، والإقرارِ بما يُوجبُ عليه غُرْماً(٢). فأما المعاوضاتُ فتنْعقِدُ منه موقُوفةً على إجازةِ وليِّهِ، فإن أجازَها نفذَتْ، ولو لم يرْضَ العاقِدُ الآخَرُ، وإن ردَّها بطلَتْ(٣). وأما التبرُّعاتُ فهي مردُودةٌ، وليس للوليِّ

= ولو صح تقديره بسبع عشرة سنة تقديراً مطلقاً، ووجد الناس في إقليم شديد الحرارة يحتلمون في الرابعة عشرة، للزم إسقاط الأحكام عن بعض البالغين. وأما حديث ابن عمر فلا حجة فيه؛ لأنه ليس نصّاً ولا ظاهراً في ثبوت البلوغ من جهة السن.

وأما القول بسبع عشرة أو ثماني عشرة، فإنه تفسير لقول مالك في المعنى، فكأن قائله يقول: إن السن التي لا يبلغها أحد إلا احتلم، كالسابعة عشرة والثامنة عشرة. والله أعلم.

(١) على معنى أن الحجر يلازمه حتى يبلغ، ولو كان متفوقاً على أقرانه في عقله وحسن تصرفه. قال القرطبي في «الجامع»: وليس في العلماء من يقول: إنه ـ يعني الوصي ـ إذا اختبر الصبي فوجده رشيداً، ترتفع الولاية عنه، وأنه يجب دفع ماله إليه وإطلاق يده في التصرف؛ لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦].

(٢) كأن يقر بأنه استدان مالاً، أو أتلفه على صاحبه، أو غصبه منه أو سرقه.

(٣) وإذا باع الصبي ـ ومثله المحجور عليه لسفه ـ شيئاً من ماله، فأدركه =

أن يجيزَها بحالٍ، إلا الوصيَّةَ فإنها نافِذةٌ[١].

فَصْلٌ
في انفكاك الحجر بعد البلوغ

إذا بلَغَ الغُلامُ لم ينفَكَّ عنه الحَجْرُ بمجرّدِ ذلك، حتَّى يأنسَ وليُّهُ منه الرُّشدَ في المالِ[٢]. فإن كان مُهْمَلاً ـ وهو اليَتِيمُ الذي ليسَ

= وليه ففسخ البيع ورد المال، فليس للمشتري أن يرجع عليه ولا على المحجور، بشيء من الثمن، إلا أن يجده عنده بعينه؛ لأنه أتلف ماله بإعطائه إلى من يتلفه عليه. وكذلك الحكم في سائر ما أخذ من أموال الناس برضا أصحابها، كالقرض والوديعة والعارية.

(١) فقد نص في كتاب الكفالة من «المدونة» على بطلان كفالة البكر التي في بيت أبيها، ولو كانت بالغة، أو أذن لها والدها في ذلك ابتداء، أو أجازه بعد العلم به، وجعل ابن القاسم تبرعها بمنزلة تبرع الصبي والسفيه. وقال: لأن الصبي لو تكفل بكفالة عن رجل بإذن الوالد لم يجز ذلك؛ لأن الوالد ليس له أن يهب مال الولد الصغير، ولا مال الجارية التي قد حاضت، فكذلك لا تجوز كفالتهم وإن كان بإذن الوالد. اهـ.

وأما استثناء الوصية من تبرعات الصبي ـ ومثله السفيه والمجنون الذي يفيق أحياناً ـ فسيأتي في باب الوصية بيان وجه إجازتها.

(٢) لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ إلى قوله: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦]. وفي الآية دليل على ثلاثة أحكام:

الأول: أمر أولياء اليتامى بابتلائهم؛ يعني اختبارهم، وذلك يتناول مراقبتهم في سلوكهم في أنفسهم وفي مخالطتهم للناس، وتفويض التصرف إليهم في القليل من أموالهم، لمعرفة رشدهم في البيع والشراء.

الثاني: وجوب دفع مال اليتيم إليه، إذا تحقق شرطان؛ لا يجوز الدفع =

عليه وصيٌّ ولا مُقدَّمٌ عيّنَهُ السّلطانُ ـ حُملَ تصرُّفهُ على الرُّشدِ إذا بلَغَ، حتى يظْهرَ منه السَّفهُ.

وأما الجارِيةُ إذا بلغتْ فلا ينْفكُّ عنها الحَجْرُ، حتى تتزوَّجَ ويدخُلَ بها زوْجُها(١).

= بوجود أحدهما حتى يوجد الآخر؛ أحدهما: بلوغ النكاح بمعنى الحُلُم، كقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟﴾ [النور: ٥٩]. والثاني: إيناس الرشد. وفسره القاضي في «التلقين» بقوله: وذلك في الغلام بأن يعرف منه إصلاح ماله وحفظه وتأتّيه لتنميته، والتحرز من تبذيره وإضاعته، وإنفاقه في وجوهه. اهـ.

الثالث: أمر الوصي على اليتيم إذا دفع إليه ماله، أن يُشهد على الدفع، وذلك يدل على أنه غير مصدق فيه، فإذا لم يشهد، وأنكر اليتيم الدفع ضمن الولي المال.

وكذلك لا يقبل قول الولي في فك الحجر عن اليتيم إلا ببينة تبرئه، فإن فك الحجر ولم يشهد، حتى تصرف اليتيم، فضاع ماله من سوء تصرفه، ضمنه. وأما الأب فلا يلزمه الإشهاد على فك الحجر عن ولده إذا بلغ ورشد.

● **تتمة**:

لا مدخل لصلاح الدين في معنى الرشد، بل متى أحسن اليتيم التصرف في ماله بعد البلوغ، فهو رشيد ولو كان فاسقاً؛ لأن الكبير لو كان صالحاً في دينه مصلحاً في ماله، ثم فسد في دينه، لم يحجر عليه، حتى يسوء تصرفه في ماله، فكذلك ينبغي أن لا يستدام الحجر عليه إذا اقترن بلوغه بصلاحه في ماله مع فساده في دينه. ولأن فائدة الحجر عليه، منعه من تضييع ماله، وفسقه لا يضره إذا كان مصلحاً في ماله.

(١) ووجه التفريق بينها وبين الغلام: أن الغلام يختبر رشده بما يوكل إليه من التصرف في الأموال القليلة، مع مخالطته للناس، فإذا اكتمل عقله بالبلوغ، فقد تحقق المقصود منه. وأما الجارية فإنها تكون محجوبة في بيت =

فَصْلٌ
في السفهاء

والسَّفيهُ[(١)]: هو الذي ينفِقُ مالَهُ في غيرِ منْفَعةٍ أو في الشَّهَواتِ المحرَّمةِ، أو يُسِيءُ تنْميتَهُ لضُعفِ عقْلِهِ.

وإذا بلَغَ الصَّبيُّ سَفِيهاً، استدامَ وليُّهُ من أبٍ أو وصِيٍّ، عليه الحَجْرَ حتى يأنَسَ منهُ الرُّشدَ، وإن طرَأَ عليه بعْدَ بلُوغِهِ راشِداً، ابتُدِئَ عليه الحَجرُ[(٢)].

= أهلها حتى تبلغ، ثم تستمر كذلك، لحياء البكارة، فإذا تزوجت ودخل بها الزوج، انفتح لها بذلك باب التفهم للمقاصد كلها، فيتحقق المقصود منها.

(١) اعلم أن السفه والرشد وصفان متضادان لأهلية الإنسان بعد بلوغه، فالبالغ إما سفيه أو رشيد، ولا يوصف الصبي بواحد منهما إلا تسامحاً.

(٢) وهو قول جمهور العلماء؛ قال ابن المنذر في «الإشراف»: أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر، يوجبون الحجر على كل مضيع لماله، صغيراً أو كبيراً. اهـ.

ودليل استدامة الحجر على من بلغ سفيهاً قوله تعالى في اليتامى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]. ومفهومه: إذا بلغوا النكاح ولم تأنسوا منهم رشداً، فلا تدفعوها إليهم.

وأما من طرأ عليه السفه بعد الكبر، فدليل جواز الحجر عليه قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِي جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا﴾ [النساء: ٥]. والمعنى ـ والله أعلم ـ ولا تعطوا السفهاء الأموال التي جعلها الله قواماً لعيشكم، بل احفظوها عليهم ﴿وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾. وأما من فسر السفهاء بالنساء والأولاد، وصار معنى الآية عنده: لا تعط مالك لامرأتك ولا أولادك، وأنفق عليهم منه، ففيه نظر، إذ يلزم عليه الحكم بالسفه على كل امرأة متزوجة مهما بلغت من السن والرشد. ولأن الله تعالى قال في آية =

فَصْلٌ
في تصرفات السفهاء

وتصرُّفاتُ السَّفيهِ محمُولةٌ على الإجازَةِ كالرَّشيدِ، حتى يحْكُمَ حاكِمٌ بالحَجْرِ عليهِ(١)، فتكُونُ كتصرُّفاتِ الصَّبيِّ المميِّزِ فيما تقدَّمَ من

= الدين: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية. ففرق بين السفيه والضعيف الذي هو الصغير بحرف العطف، وذلك يدل على أن الصبي لا يوصف بالسفه كما سبق. والله أعلم.

● فرع:

لا يحجر على السفيه إلا الحاكم؛ لأن التبذير أمر متفاوت في الواقع فيحتاج إلى اجتهاد ونظر، وليس كالصغر والجنون، فوقف على حكم الحاكم لقطع النزاع فيه. قال في «الكافي»: ومن أراد الحجْر على ولده البالغ، فليأت به الحاكم حتى يُشهده عنده على حاله، ويمنع الناس من مداينته ومعاملته.اهـ.

وكذلك لا ينفك الحجر عنه إلا بحكم حاكم لنفس المعنى الذي ذكرناه، قال الشيخ خليل في «المختصر»: وَإِنَّمَا يَحْكُمُ فِي الرُّشْدِ وَضِدِّهِ، وَالْوَصِيَّةِ، وَالْحَبْسِ الْمُعَقَّبِ، وَأَمْرِ الْغَائِبِ، وَالنَّسَبِ، وَالْوَلَاءِ، وَحَدٍّ وَقِصَاصٍ، وَمَالِ يَتِيمٍ، الْقُضَاةُ.اهـ. يعني: وإنما يحكم القضاةُ في الرشد... إلخ. ومعنى **الحبس المعقب**: المال الموقوف على فلان وعقبه ما تناسلوا. وقد مضى في باب الوقف.

(١) وهذا أحد ثلاثة أقوال في المذهب. وهو المشهور من قول مالك وعامة أصحابه. والثاني: عكسه أنها مردودة كتصرفات المحجور عليه. وبه قال ابن القاسم. والثالث: يفرق بين من بلغ سفيهاً، فيرد تصرفه، وبين من بلغ رشيداً ثم طرأ عليه السفه، فيجاز. وهو قول مطرف وابن الماجشون.

وجه الأول: أن السفه لو كان سبباً في بطلان التصرفات بنفسه، لم يكن في الحكم بالحجر على السفيه فائدة، ولم يكن في الحكم برفعه بعد عودة الرشد إليه فائدة أيضاً، فوجب ـ لتحقق فائدة الحكم بالحجر ورفعه ـ أن تحمل =

تَفْصيلِ الحُكْمِ. وهذا يختصُّ بالتصرُّفاتِ الماليةِ دونَ غيرِها[1].

وإذا ظهَرَ منه الرُّشدُ لم ينْفكَّ عنه إلا بحُكمِ حاكِمٍ.

فَصْلٌ

في الأولياء على المحاجير

وكُلُّ محجُورٍ عليه لا بُدَّ له من وليٍّ يحفظُ مالَهُ ويُصلِحُ شأنَهُ. والحقُّ في الولايَةِ يختَصُّ بالأَبِ، فإن لم يكُنْ فوصيُّهُ، فإن لم يكُنْ

= تصرفات السفيه قبله على النفوذ، كما تحمل بعد عودة الرشد وقبل فك الحجر، على الرد.

ووجه الثاني: أن السفه هو العلة التي تقتضي الحكم برد التصرفات، وليس الحجر إلا إظهاراً وإقراراً له، فلم يكن تخلفه مانعاً من الرد، كما أن العقد الباطل يستوجب الفسخ بنفس علة الفساد التي اشتمل عليها كالربا والغرر، وليس الحكم به إلا إظهاراً وإقراراً له، فلم يكن تخلفه مانعاً من فسخه.

ووجه الثالث: استصحاب حكم ما قبل السفه، فإن كان محجوراً عليه، استصحب فيه حكم الحجر، وإن كان رشيداً استصحب فيه حكم الرشد؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يزيله بيقين، واليقين المزيل هنا إنما يحصل بانضمام الحكم بالحجر إلى وجود السفه الطارئ. والله أعلم.

(١) قال ابن شاس: ولا حجر عليه ـ يعني السفيه ـ فيما لا يدخل تحت حجر الولي، كالطلاق والظهار واستلحاقِ النسب ونفيه، وإقرارِه بموجَبِ العقوباتِ؛ لأنه مكلف، والولي لا يتولى ذلك، بل لا بد أن يتولاه بنفسه. اهـ. وقال ابن المنذر فيما نقله عنه ابن قدامة في «المغني»: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن إقرار المحجور عليه على نفسه، جائز إذا كان إقراره بزنى أو سرقة أو شرب خمر أو قذف أو قتل، وأن الحدود تقام عليه.

فالحاكِمُ(١). ولا وِلَايةَ إلّا لرَشيدٍ أمِين على المَالِ(٢).

وتصرُّفاتُ الوليِّ في مالِ المحجُورِ، متى كانتْ جارِيةً على النّظَرِ ورعايةِ مصلَحتِهِ، فهِي نافِذَةٌ(٣)، كشِرَاءِ مأكَلِهِ ومشرَبِهِ وملبَسِهِ،

---

(١) فلا حق للعصبة من غير الأب، كالجد والأخ والعم، في الولاية على مال القاصر إلا بإيصاء من الأب لهم بذلك، بخلاف ولاية نكاح المرأة فإنهم يستحقونها على ما سبق من الأولوية في باب النكاح. قال ابن شاس: وولي الصبي أبوه، وعند عَدَمه الوصيُّ، أو وصيُّه، فإن لم يكن فالحاكم، ولا ولاية للجد ولا للأم ولا لغير من ذكرنا. اهـ. وبهذا يتضح أن من مات وترك ابناً وبنتاً صغيرين، لم يكن لأمهما أن تتصرف في أموالهما بيعاً وشراء، ما لم يوصِ لها الأب بذلك، إلا فيما كان يسيراً كشراء حاجاتهما من الطعام واللباس ونحو ذلك؛ لأنها ليست وليّاً على المال. ولكن إذا لم يكن لهما وصي ولا حاكم، أو كان ولكنه لا ينظر في أموال اليتامى، فإن تصرفها صحيح جائز إذا كانت رشيدة. وأما ابنتها فليس لها ولا لغيرها أن يزوجها حتى تبلغ وتأذن بذلك، وحينئذ يزوجها ولي نكاحها كأخيها وجدها وعمها، إلا أن يكون الأب أوصى أمها بتزويجها فتوكل من الرجال من يعقد نكاحها؛ لأن المرأة لا تتولاه.

(٢) فلا ولاية للأب ولا وصيه إذا كان سفيهاً مستحقّاً للحجر عليه، ولا لمن لا يؤتمن على المال؛ لأن الولاية مقصودة للحفظ والصيانة، والخيانة تناقض هذا المقصود.

وأما الذكورة فليست بشرط في الوصي، فيجوز الإيصاء إلى المرأة بحفظ مال اليتيم والتصرف عليه فيه، وكذلك السفيه والمجنون، إذا كانت رشيدة أمينة.

وأما العدالة في الدين؛ ففيها خلاف ينظر في الفرق العشرين والمئتين من «فروق» القرافي بين قاعدة ما يشترط فيه العدالة وما لا يشترط.

(٣) أما ما كان خارجاً عن ذلك فهو مردود؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٣، الإسراء: ٣٤]. ولأن كل من يتولى =

بحسبِ حالِهِ[1]، وإجارَةِ ما يَصْلحُ للإجارَةِ من مالِهِ كالأبنيَةِ والأرَاضِي[2]، واستئْجارِ مالِ الغيْرِ لهُ في حاجَتِهِ، وقبْضِ ما يُعطَى له على سبِيلِ الهبَةِ أو الصَّدقةِ أو الوَصيّةِ. وليس له أن يهبَ أو يتصدَّقَ من مالِهِ، إلا فيما هو واجبٌ كزكَاةِ مالِهِ وصدقَةِ فطْرِهِ، وسائرِ الحقُوقِ اللازِمةِ[3]. وعليه أن يُضحِّيَ عنه، إذا كان مالُهُ يحتملُ الأُضحيةَ دونَ إجْحافٍ.

وللأَبِ أن يَشترِيَ من نفسِهِ شيْئاً من مَالِهِ لابْنِهِ الصَّغيرِ،

= أمر غيره، فلا يملك أن يتصرف عليه إلا بما هو الأنفع له؛ لأن الإنسان لا يملك أن يتبرع عن غيره بغير إذنه، والمحجور عليه لا يعتبر إذنه في التبرع، فلا يملك وليه أن يتبرع عنه.

(١) قال القاضي في «التلقين»: ونفقة الأيتام مختلفة باختلاف أحوالهم وأموالهم، فيُوسَّع على من أَلِف السَّعة، وكان ماله محتمِلاً لذلك، في إدامه [كذا في المطبوع، ولعلها: طعامه] وكسوته، وينفق على أمه إن كانت محتاجة. ومَنْ دونه يُنفق عليه بالمعروف على قدر ما يحتمله ماله.

(٢) وأما بيع ما يملكه المحجور عليه من عقار، فليس للولي ـ عدا الأب ـ أن يفعله في مال اليتيم إلا في حالات خاصة مثَّل لها ابن شاس بقوله: ولا يبيع عقارَه إلا لحاجةِ الإنفاق عليه، أو لغبطة في الثمن، أو لخشيةِ سقوطه إن لم يُنفقْ عليه من المال، ما يكون معه بيعُه وابتياعُ غيرِه بثمنِه أفضلَ. أو لكونه في موضعِ خربٍ، أو يُخشى انتقالُ العمارة من موضعه، فيبيعه ويَستبدل بثمنه في موضعٍ أصلحَ منه.اهـ. ومعنى قوله: لغبطة في الثمن؛ أن تكون قيمة العقار ألفاً مثلاً، ويجد من يشتريه بخمسة آلاف.

(٣) كقضاء الديون، وضمان ما أتلفه من أموال غيره، أو جناه على نفس أو عضو، ونفقة الوالدين الفقيرين، وصداق امرأته إذا زوجه.

كالعكْسِ، إذا كان في ذلك رِعايةٌ لمصْلحَةِ الولَدِ. وليس للوَصِيِّ أن يفعلَ شيْئاً من ذلك مع اليَتيمِ.

وإذا كان الوَصيُّ يتولَّى النفَقَةَ على اليَتيمِ بنفسِهِ، فإنه مصدَّقٌ في قدْرِ ما أنفَقَ إذا ادَّعَى ما يُشبهُ[١]، وإن كان يدْفعُها إلى أمِّ اليَتيمِ أو حاضنَةٍ غيرِها تُمسِكُهُ،لم يصدَّقْ إلا ببينةٍ[٢].

فَصْلٌ
في تبرع المريض

وهو من مرِضَ مرَضاً حكَمَ الطِّبُّ بغلبةِ الموتِ فيهِ، كالسّرطانِ والقُولنجِ، ومثلُه في الحُكمِ من دخلَ عليه سببٌ يغلِبُ فيه الموْتُ[٣].

---

(١) فإذا ادعى أنه ينفق على اليتيم ألف دينار في الشهر، وظهر من حال اليتيم في ملبسه ومأكله ومشربه، وسائر ما يحتاج إليه، أنها حال من يُنفق عليه خمسمئة دينار في الشهر، لم يقبل قوله في الألف إلا ببينة؛ لأن شهادة الحال تكذب قوله.

(٢) ويبين ذلك: أن الوصي أمين على المال ما دام في يده؛ لأنه قبضه بإذن الأب، وهو وكيل عنه في حفظه كالوديع، وأما الإنفاق منه على اليتيم، فإن كان مأذوناً في مباشرته بنفسه، فهو مؤتمن فيه لوجود الإذن كذلك، وأما الدفع إلى غيره، فإنه وإن كان مأذوناً فيه، إلا أنه تقدم لابن حارث الخشني في باب العارية، قاعدة مفادها: أن كل من دفع مالاً إلى غير من دفعه إليه، فلا يبرئه منه إلّا البينة التي تشهد له بالدفع، وإلّا فهو ضامن، سواء كان في الأصل ضامناً أو مؤتمناً. والله أعلم.

(٣) كالزاحف للقتال، والمحبوس للقتل، والحامل التي بلغت ستة أشهر من حملها، واختلف في الراكب لجة البحر وقت الهول.

فمن كان بهذِهِ الحالِ، حُجرَ عليه في التَّبرُّعاتِ[١]، فتنعقِدُ موقُوفةً على ما يتبيَّنُ من آخِرِ حالِهِ، فإن صحَّ نفذتْ كلُّها، وإلا نفَذَ منها ما حملَهُ ثُلُثُ مالِهِ، وتوقَّفَ الزائدُ على إجازةِ ورثتِهِ[٢].

---

(١) كالهبة والصدقة والوقف والوصية. وأما المعاوضات كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار، فلا يتناولها الحجر إلا ما كان منها مشتملاً على تبرع، كالمحاباة في البيع أو الشراء. ومثال ذلك: أن يشتري سيارة بألفين وقيمتها ألف، فيكون محابياً للبائع بألف، أو يبيع سيارة له بألف وقيمتها ألفان، فيكون محابياً للمشتري بألف، فتجري الألف في المثالين مجرى الهبة المستقلة.

(٢) ومثال ذلك ما لو وهب مريض لابنة أخيه أرضاً هي جميع ما يملك من المال، وله ثلاثة من الأولاد يرثونه، فإن الهبة توقف على ما يتبين من آخر حاله، فإن صح مضت كلها، وإن مات مضى ثلثها كالوصية، وبقي الثلثان، فإن أجازهما الورثة نفذت الهبة فيهما أيضاً، وإلا ردت. وإن أجاز البعض دون البعض، نفذت في حصة المجيز دون المانع.

وإن كان أحد الوارثين محجوراً عليه لصغر أو سفه أو جنون، لم تنفذ الهبة في نصيبه أصلاً؛ لأنه لا يملك هو ولا وليه أن يجيز شيئاً من التبرعات في ماله.

والأصل في تقييد تبرعات المريض بالثلث، الاعتبار بالوصية، فإن معنى الوصية: تبرع مضاف لما بعد الموت، والإنسان إذا دخل في مرض يغلب فيه الظن بالموت، فإن تبرعه وعطاياه حينئذ تجري مجرى التبرع المضاف لما بعد الموت، ولهذا المعنى وقفت على ما يتبين من آخر حاله.

ولما كانت الوصية لا تنفذ إلا في الثلث من مال الموصي، على ما دل عليه حديث سعد بن أبي وقاص، وكان الزائد على ذلك موقوفاً على إجازة الورثة، لتعلق حقهم بمال الموصي حين تنفيذ الوصية، كان كل تبرع يتبرعه المريض جارياً مجرى الوصية في هذا الحكم. والله أعلم.

فَصْلٌ
في تبرع الزوجة

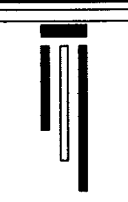
ليس للمرْأةِ المتزوِّجةِ أن تتصرَفَ في وجُوهِ التبرُّعِ من مالِها[1]، إلا مَا كَانَ في حدُودِ الثُّلثِ منه[2]. ومتى تبرعَتْ بثُلُثِ مالِها، لم يجُزْ لها تبرُّعٌ في باقِيهِ بعدَ ذلك، ولها أن تفعلَ في مالٍ آخَرَ يَحْدُثُ في مِلْكِها.

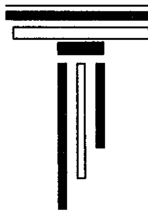
* * *

---

(١) كالهبة والصدقة والوقف والكفالة. وأما المعاوضات كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار، فليس لزوجها عليها من سبيل فيما فعلت من ذلك، إلا أن تحابي في شيء من ذلك، فتنفذ محاباتها في ثلث مالها كالتبرع المستقل. نص عليه في كتاب الكفالة من «المدونة».

(٢) وتقدم في أول باب الهبة بيان الدليل على هذا الحكم. وتقدم أيضاً أنها إذا أعطت عطية تزيد على ثلث مالها زيادة لها بال، فإن للزوج رد التبرع كله، وهو ظاهر قول ابن القاسم في كتاب الكفالة من «المدونة»، بل صريحها. وقال المغيرة وابن الماجشون: يفسخ الزائد فقط، حكاه ابن شاس وغيره.





باب الإقرار(١)

لا يصِحُّ الإقْرارُ إلَّا من البالِغِ، العاقِلِ، الطائِعِ،

(١) الأقوال الصادرة من الإنسان على وجه الإخبار بحق يثبت في الأموال أو الأبدان، لا تخلو من أن تكون إخباراً بحق للغير على الغير، وهو الشهادة، أو للنفس على الغير، وهو الدعوى، أو للغير على النفس وهو الإقرار. والحق الذي يقر به الإنسان على نفسه، على نوعين: حق للعبد على العبد، كدين من قرض أو بيع أو نفقة واجبة، أو عين من عارية أو وديعة، ونحو ذلك، وحق لله تعالى على العبد، كحد قد استوجبه من جلد أو رجم أو قطع.

والإقرار المتعلق بحقوق العباد له أربعة أركان: المقر، والمقر له، والمقر به، والصيغة.

ومؤاخذة الإنسان بإقراره على نفسه، مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب؛ فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلۡقِسۡطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوۡ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمۡ﴾ [النساء: ١٣٥]. قال الطبري: فإن قال قائل: وكيف يقوم بالشهادة على نفسه الشاهدُ بالقسط؟ وهل يشهد الشاهد على نفسه؟ قيل: نعم، وذلك أن يكون عليه حق لغيره، فيقرّ له به، فذلك قيام منه له بالشهادة على نفسه. اهـ.

وأما السنة؛ فقد ثبت في الصحيح: أن ماعزاً الأسلمي أقر بالزنى، فأمر رسول الله ﷺ برجمه فرجم، وكذلك المرأة الغامدية. وقال لأُنيس الأسلمي في قصة العسيف: «**وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا**». فغدا عليها فاعترفت فرجمها. أخرج القصة بطولها مالك والشيخان من حديث زيد بن خالد وأبي هريرة.

=

الرَّشيدِ[1]. فمن أقرَّ مُستكمِلاً هذه الصِّفاتِ، نفَذَ عليهِ إقْرارُهُ في كُلِّ ما يُقِرُّ به من حقٍّ يَلزَمُه في مالِهِ أو بدَنِهِ[2].

= وأجمعت الأمة على صحة الإقرار. حكاه ابن قدامة وكثير من العلماء.

والعبرة تقتضيه؛ لأنه إخبار على وجه تنتفي معه التهمة والريبة، فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذباً يضر بها، ولهذا كان سيد الأدلة وآكد من الشهادة، فإن المدعى عليه إذا أقر بالدعوى لا تسمع عليه الشهادة، وإنما تسمع عليه إذا أنكرها.

(١) فلا يصح إقرار الصبي إلا في ادعاء الاحتلام، فإنه يصدق إذا كان ذلك في وقت إمكانه كما تقدم في باب الحجر؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته. ولا يصح من المجنون جنوناً مطبقاً، أو متقطعاً إذا أقر في حال الجنون دون حال الإفاقة. ومثل المجنون المغمى عليه والنائم. وأما السكران فإنه محجور عليه في تصرفاته المالية، فلا تصح منه عقود المعاوضات وأولى التبرعات، وكذلك الأقارير. فإذا أقر بدين لشخص في حال سكره، لم يؤاخذ به. أما ما جنى من جناية توجب قصاصاً أو دية، أو أتى من الأفعال والأقوال ما يوجب حدّاً، فإنه يؤاخذ به. وكذلك إذا طلق امرأته في حال السكر، فإن الطلاق يلزمه.

ولا يصح إقرار من أكره عليه، ولا محجور عليه في ماله لسفه أو فلس. أما السفيه المهمل الذي لم يحجر عليه، فيؤاخذ بإقراره في المعاملات في قول مالك، خلافاً لابن القاسم.

والمُفَلَّس ـ وهو الذي حكم عليه ببيع ماله لتوفية ديون غرمائه ـ لا يصح إقراره لغريم جديد بدين أو عين من ماله الذي فُلِّس فيه. فإن انضاف الإقرار إلى مال تجدد له ملكه بعد التفليس؛ صح لأنه لا يتهم على إدخال الضرر على الغرماء.

(٢) كالمعاوضات والتبرعات، والديون والأعيان، والطلاق والعتق، =

فَصْلٌ
في المقر له

ويصِحُّ الإقْرارُ بالمالِ لكُلِّ إنسانٍ ولو كانَ حمْلاً لم يُولَدْ بعْدُ[١]. ويصِحُّ للأشْخاصِ الاعتبارِيِّينَ كالمساجِدِ والأوقَافِ والجمْعِياتِ الخيرِيَّةِ[٢].

ومَن أقرَّ لشخْصٍ تقْضِي العَادةُ باتهامِهِ بمُحاباتِهِ على غيْرِه من المستحقِّينَ، لم يُقبلْ كالذي كذَّبَهُ المقَرُّ لهُ[٣].

= والقصاص والحدود. ويصح في المعلوم من الحقوق كقوله: لفلان علي ألف درهم، وفي المجهول كقوله: له علي شيء، أو كذا. ويلزمه تفسيره على ما يأتي.

(١) سواء قيد إقراره له بميراث أو وصية، أو أطلقه، فإنه يصح في الحالتين؛ لأنه يجوز أن يملك بوجه صحيح، فصح له الإقرار المطلق كالطفل.

(٢) فإذا أقر بألف دينار لمسجد سماه، أو وقف من أوقاف المساكن أو التعليم أو نحوها، أو جمعية من الجمعيات، صح إقراره ولزمه ما أقر به للجهة التي أقر لها.

وأما ما لا يصح أن يملك، فلا يصح الإقرار له، فلو أقر رجل لبعير فلان أو لدابته أو لداره، لم يلزمه شيء مما أقر به؛ لأن البهائم والحجارة لا تملك شيئاً بحال.

(٣) في هذه الجملة شرطان من شروط المقر له:

أحدهما: أن لا يكون المقِر متهماً في إقراره. وذلك أن الإنسان قد يقر إقراراً، يدل ظاهر حاله على أنه إنما أراد به إدخال الضرر على من تعلق حقه بماله، من غريم أو وارث. وذلك كمن كان عليه دين في صحته قد ثبت ببينة أو بإقرار منه، فلما مرض أقر بدين آخر لوارث أو لذي قرابة أو لصديق =

....

= ملاطف. فإن إقراره في هذه الحال يجري مجرى الدعوى؛ فلا يقبل منه إلا ببينة. وإن أقرّ لأجنبي جاز لانتفاء التهمة. وكذلك من كان عليه دين لأجنبي يستغرق ماله قد ثبت عليه ببينة، فلا يجوز إقراره بدين لصديق ملاطف، أو لزوجة، أو لغيرها من ورثته. ومثله ما لو أقر أحد الشريكين بدين من شركتهما، لوالد أو ولد أو جد أو جدة أو زوجة أو صديق ملاطف، ومن يتهم عليه، لم ينفذ ذلك على شريكه وينفذ عليه في حصته فقط. ولو أقر بذلك لأجنبي ممن لا يتهم عليه، فإنه يلزم شريكه.

● **فائدة في معنى الصديق الملاطف:**

قال القاضي عياض في «التنبيهات»: الصديقُ الملاطفُ هو المختص بالرجل، الذي يلاطف كلٌّ واحد منهما صاحبَه. ومعنى اللطف الإحسان والبر والتكرمة، وهو أحد معاني تسميته تعالى لطيفاً. ولو كانت هذه الملاطفةُ من أحدهما للآخر، كانت كمسألة الأخوين اللذين ينال أحدَهما بِرُّ الآخر وصلته. نقله القرافي والحطاب في باب الشهادات.

والثاني: أن لا يكذبه المقَر له. فلو أقر شخص لآخر بمال، فنفاه المقَر له نفياً جازماً، فقال مثلاً: لا، ليس لي عليك شيء، أو محتملاً فقال: لا علم لي أن لي عليك شيئاً، فإن الإقرار يرد إذا كان المقر له حين كذبه جائز العبارة في التصرفات المالية، وهو البالغ الرشيد؛ لأن أحداً لا يجبر على إدخال مال غيره في ملكه، إلا في الميراث. فإن عاد المقر له بعد النفي الجازم، فقال: بلى هو كذلك، ففيه قولان؛ **أحدهما**: ينقلب صحيحاً؛ لأنه يحتمل أنه كان ناسياً ثم تذكر. **والثاني**: لا ينقلب لأن إنكاره الأول إقرار بالنفي، فرجوعه عنه يعد ندماً فلا يقبل؛ لإجماع العلماء على أن من أقر بحق لآدمي ثم رجع في إقراره لم يقبل. وإن كذبه تكذيباً محتملاً، ثم عاد فصدقه، فإن الإقرار ينقلب صحيحاً قولاً واحداً؛ لأن التكذيب المحتمل ليس إقراراً بالنفي، وإنما هو إقرار بعدم العلم، فجاز أن يستدرك على نفسه، فيصدقه لتذكره بعد نسيانه أو علمه بعد الجهل به.

فَصْل

في صيغة الإقرار

يَنعقِدُ الإقْرارُ بالصَّريحِ من القوْلِ كقولِهِ: لزيدٍ عليَّ ألفٌ، أو لَكَ في ذمَّتِي مِئةٌ، أو لبكْرٍ عندِي ثوْبٌ ودِيعةً، أو أخذْتُ من فلانةَ أو أعطَتْنِي حلياً عارِيّةً. وكذا ينْعقِدُ بما يدُلُّ عليه ضِمناً أو لزُوماً، كما لو قالَ له خصْمُهُ: أعطِنِي حقِّي، فقالَ: أمْهلْنِي بهِ، أو قد وفَّيتُكَ إيَّاهُ(١). وكقَولِهِ لمن طالبَهُ بعيْنٍ من ثوْبٍ أو حيَوَانٍ أو غيرِ ذلكَ: لقدْ وهبْتَها لي أو بعتَها مِنِّي(٢). وكما لو قالَ له رجُلٌ: أليسَ لِي عليكَ ألْفٌ؟ أو: ألم أكُنْ أقرضتُكَ مِئةً؟ أو: أما أعرتُكَ دابَّتِي؟ فقال: بلَى، أو نعمْ، أو أجَلْ، أو صدقْتَ، أو أنا مُقِرٌّ لكَ، أو غيرُ مُنكِرٍ(٣).

---

(١) لأن قوله: أمهلني به، في معنى قوله: أنا مقر لك به، ولكن لا أقدر على أن أوفيك إياه الآن. وقوله: قد وفيتك إياه، يتضمن إقراره بثبوت الحق عليه، مع دعوى الوفاء، فيثبت عليه الحق بإقراره، ولا يقبل قوله في ادعاء الوفاء إلا بالبينة؛ لأن الأصل عدمه.

(٢) فإن ذلك يستلزم إقراره بقبض الثوب أو الحيوان من الطالب، مع دعوى البيع أو الهبة، فيثبت عليه الحق بإقراره، ولا يقبل قوله في دعوى البيع أو الهبة إلا ببينة؛ لما سبق في باب المنازعات في البيوع؛ أن من كانت عنده سلعة لغيره، فتنازعا فيها فادعى القابض عقداً ينقل ملكيتها كالبيع والهبة، وادعى ربها عقداً لا يخرجها من ملكه، كالرهن والوديعة والعارية والإجارة، فالقول قول ربها؛ لأن الأصل عدم خروجها من ملكه، فيلزم الآخر ردها إليه إلا أن يأتي ببينة.

(٣) أما «بلى»؛ فلأنها تفيد الإقرار في الجواب بما استفهم عنه استفهاماً =

ومن أقرَّ بلفْظٍ يُفيدُ الوعْدَ كقَولِهِ: أُقِرُّ، أو علَّقهُ على شرْطٍ، كقولِهِ: لهُ عليَّ ألْفٌ، إن استحلَّها أو إن أعارَني ثوْباً، لم يكُنْ إقْراراً[١].

= تقريريّاً؛ قال تعالى: ﴿قَالَ أَلَيْسَ هَٰذَا بِٱلْحَقِّ قَالُواْ بَلَىٰ وَرَبِّنَا﴾ [الأنعام: ٣٠]. وأما «نعم» ومثلها «أجَلْ»، فإنها تصلح لإفادة الجحد، فمن قال لصاحبه: أليس لي عليك ألف؟ فقال: نعم، صح أن يكون جحداً بدليل جواز إتباعه بما يؤكد الجحد، كقوله: نعم ليس لك علي ألف. وتصلح أيضاً لإفادة الإقرار والتصديق، وهو الغالب المعهود في كلام الناس، فكان مقدماً على الجحد، ولأن للجحد حرفاً يخصه وهو «لا»، فالعدول عنه إلى «نعم»، دليل على إرادة التصديق.

(١) لأن الإقرار إخبار بحق سابق، فلا يتعلق على شرط مستقبل، فإذا علقه كان كالوعد به في مثل قوله: سوف أقر، أو أنا أقر، سواء حصل المشروط أم لم يحصل، إلا أن يكون الشرط الذي علق عليه إقراره، يمين الطالب، أو شهادة غيره، أو حُكمَ حاكم أو مُحكَّم به. فإذا قال: له علي ألف إن حلف، فحلف الطالب، فينظر إن كان ذلك في غير مجلس قضاءٍ، لم يلزمه شيء؛ لأن له أن يقول: ظننت أنه لا يحلف على باطل. وإن كان في مجلس قضاءٍ عند حاكم أو محكَّم بينهما، لزمته الألف؛ لأنه موافق لأصول الحكم في الدعاوى، وذلك أن المدعى عليه إذا أنكر الشيء المدعى به، وعجز المدعي عن البينة، لم يبرأ حتى يحلف يميناً، فإن نكل عنها انقلبت على المدعي ـ ولذلك تسمى اليمين المنقلبة ـ فإن حلف قضي له بها. وهذا قد فعل ذلك.

وإذا قال: له علي ألف إن شهد بها فلان، فشهد الذي سماه، وكان عدلاً جائز الشهادة، فقد توفر أحد السببين في القضاء لخصمه عليه بالألف. فإذا انضم إليه السبب الآخر من شهادة عدل أو يمين المدعي قضي له بذلك؛ لأن دعاوى الأموال يقضى فيها بشاهد واحد مع يمين المدعي. =

ولوْ قالَ: لفُلانٍ عليَّ ألْفٌ من ثَمنِ خمْرٍ أو خنْزيرٍ أو حُرٍّ أو ميْتةٍ، أو شيْءٍ مما لا يصِحُّ بيْعُهُ، لم يصِحَّ إقْرارُهُ، إلا أن يقُولَ الطَّالبُ: بلْ هي من طعَامٍ أو ثيابٍ أو شيْءٍ مما يحِلُّ بيعُهُ[1].

وإذا قالَ لهُ الطالِبُ: كُنتَ أقررْتَ لي بألْفٍ، فقالَ: نعمْ أقْررْتُ لك به وأنا صَبيٌّ أو مبرْسَمٌ، لم يلزمْهُ شيْءٌ[2].

= وإذا قال: له علي ألف إن حكم بها فلان، فحكم بها، لزمته؛ لأنه حكم عليه بإقراره.

(١) لأنه في الحالة الأولى عقب إقراره بذكر سببٍ يقتضي بطلانه، فإن من باع شيئاً مما لا يصح بيعه، لم يستحق على المشتري من ثمنه شيئاً؛ لبطلان البيع. وأما في الحالة الثانية، فإنه أقر بثبوت الألف في ذمته في الجملة، وادعى في سببها عقداً باطلاً أنكره خصمه بادعاء عقد صحيح، فكان القول قول خصمه؛ لما بينا في منازعات البيوع، أن القول في مثل ذلك لمدعي الصحة على مدعي الفساد.

ومن فروع هذه المسألة: ما لو أقر شخص لآخر بألف، ثم زعم أنها من معاملة ربوية، كقرض بفائدة، فأنكر عليه المقَر له وادعى أنها من بيع أو سلف لا ربا فيه، فإن الألف تلزمه للمعنى الذي ذكرناه في المثال الأول، حتى ولو أقام المقِر بينة تشهد له أنه عامله معاملة ربوية مبلغها ألف؛ لاحتمال أن يكون قد راباه في غير ما أقر به. فلهذا لو شهدت البينة على أن المقَر له قد أقر أنه لم يعامله إلا بتلك المعاملة الربوية، فإنها تنفع المقِر، ويلزمه رأس المال من غير زيادة؛ لأنها حرام لا تحل؛ قال تعالى: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩].

(٢) **المبرسم**: المجنون. وإنما لم يلزمه شيء؛ لأنه أضاف الإقرار إلى وقت سابق لم يكن جائزاً عليه فيه، فعلى المدعي إثبات الإقرار بعد البلوغ أو في حال السلامة من البرسام. ولما كان البرسام أمراً عارضاً، وليس كالصغر الذي يتقدم البلوغ، لم يصدق المدعى عليه في قوله: إنه أقر وهو مبرسم، حتى يُعلم أنه كان قد أصابه البرسام في الزمن الماضي.

وإذا أتَى بالإقْرارِ على وجْهِ الاعتذارِ أو الشُّكْرِ أو الذَّمِّ، فليسَ بإقْرارٍ[١].

وكما ينعقِدُ الإقْرارُ بالعبارَةِ، ينعقِدُ بما يقُومُ مقامَهُ من الإشارَةِ والكِتابةِ والسُّكوتِ[٢].

---

(١) وبيان ذلك: أن الإنسان قد يعرض له أن يسأله شخص شيئاً من ماله على سبيل القرض أو العارية أو الإجارة، ويكون ذلك السائل ممن يعتذر لمثله تجنباً لعدم وفائه بحقوق الناس. فيريد المسؤول أن يتخلص منه، فيدعي أن ذلك الشيء ليس ملكاً له، بل هو لفلان ابنه أو فلانة ابنته أو زوجته. فإن ذلك لا يكون إقراراً منه بملكية ذلك الشيء لمن سماه، فليس له أن يأخذه منه إلا ببينة.

ومثل ذلك أن يجري ذكر إنسان قد مات، فيقول قائل: رحم الله فلاناً! أسلفني وقضيته. فيقوم ورثة الميت، فيطالبون هذا المقر بما أقر به. فالقياس يقتضي أن يقضى عليه بثبوت السلف؛ لأنه أقر به وقرنه بكلام لا يرفعه، فكان كما لو قال: أسلفني إن شاء الله. وقوله: قضيته ادعاء للقضاء، فلا يقبل منه إلا ببينة؛ لأن الأصل بقاءه. والاستحسان يقتضي أن لا يلزمه شيء وهو المذهب؛ لأن كلامه لم يخرج على معنى الإقرار، بل خرج على معنى الشكر والثناء.

(٢) فأما الإشارة المفهمة والكتابة الدالة على الإقرار، فواضح معناهما وأمثلتهما ووجه ثبوت الإقرار بهما. وأما السكوت فلا يكون دليلاً على الإقرار مطلقاً، وإنما يكون كذلك إذا كان في حال يفهم منها هذا المعنى بلا تردد؛ لأن السكوت في معرض البيان بيان، كمن كان حاضراً يرى تركة غريمه تباع وتقسم على الورثة، وهو ساكت من غير عذر يمنعه من المطالبة بحقه، فإن ذلك دليل ضمني منه على الإقرار ببراءة الميت من حقه.

فَصْلٌ
في تفسير الأقارير المجملة[1]

من أقرَّ بلفظٍ مُجْملٍ، كقولِهِ: لفُلانٍ عليَّ شيْءٌ، أو عليَّ كذا،

---

(١) قاعدة هذا الباب أن كلام الناس إذا كان مجملاً يفتقر إلى بيان، فإن المعتبر في تفسيره نيةُ المتكلم، ثم عرف الاستعمال في الألفاظ، ثم مطلق اللغة. وإنما قدمت نيته لأنه أعلم بمراده من غيره، وذلك أن المعاني تقوم في النفس والألفاظ عبارات تدل عليها، كما تدل عليها الإشارات والرموز غير اللغوية. ولهذا المعنى تحمل ألفاظ الشارع الواقعة في الكتاب والسنة، على معانيها الشرعية ما أمكن، ثم على عرف الاستعمال، ثم على مطلق اللغة.

فإذا أقر شخص بشيء إقراراً مجملاً، فقال: لفلان علي ألف، قيل له: بيِّنْ ما الذي تريده بالألف؟ فإن قال: أردت ألف دينار، أو ألف درهم، أو ألف ثوب، أو نحو ذلك من أصناف الأموال التي يميز بها هذا العدد، صُدق في قوله. وإن قال: أردت إردبّاً من طعام، لم يقبل منه، وإن كان قد قصد ذلك في نفسه؛ لأنه أتى بكلام لا يحتمل بوجه من الاستعمال اللغوي ولا العرفي، أن يراد به ما أراده بأول كلامه، فإن الألْف لم توضع لمعنى الإردب من الطعام، ولا هي مستعملة فيه بوجه. فكان تفسيره للألْف بذلك رجوعاً في إقراره فلم يقبل، إذ هو في معنى قوله: له علي ألف، لا بل إردب من طعام.

فبان بهذا المثال أن نية المقر لا تقبل في تفسير مراده فيما أقر به مجملاً، إذا لم يكن لها محمل صحيح في استعمال الكلام؛ لأن الإنسان يخاطب غيره ليترجم له ما في ضميره من المعنى، وذلك لا يكون إلا بما عهد الناس أن يستعملوه من الكلام، ولو لم يوجد له عرف خاص وبقي على أصله اللغوي. فلهذا إذا كان الكلام مفسراً بنفسه، لم يستفسر المقر عن معناه، وإنما يحمل على أنه أراد ذلك المعنى الذي يفهم من الكلام عند الناس، في أدنى حدود ما يتناوله؛ لأن الأصل البراءة من الزائد. فإذا قال: لفلان علي دراهم. فلا يقال له: بيِّنْ ماذا تريد بذلك؟ وإنما يحمل كلامه على أنه أراد =

لزِمَهُ تَفسيرُه بما يُبيِّنُهُ، فإن امتنَعَ حُبسَ حتى يُفسِّرَهُ، فإن سمَّى شيْئاً مما يُتموَّلُ قُبلَ منه قَليلاً كان أو كَثيراً(١).

وإذا قالَ: لِفُلانٍ عليَّ ألْفٌ ودِرْهمٌ، جازَ أن يميِّزَ الألْفَ بالدَّراهِمِ وبغيرِها من الأشْياءِ، كالدَّنانيرِ والحُبُوبِ والثِّيابِ، ولا يكُونُ عطْفُ الدِّرهم على الألْفِ مانِعاً من تمييزِها بجنْسٍ آخرَ. وللمُدَّعِي تحليفُهُ إن اتَّهمَهُ أو خالَفَهُ.

وإذا قالَ: لَهُ مِنْ هَذِهِ الدَّارِ، أو فيها، شيْءٌ أو حَقٌّ، ثم فسَّرَ ذلك بجُزءٍ منها قُبلَ، قليلاً كان أو كثيراً، شائِعاً أو مُعيَّناً، ولو فسَّرَهُ

= ثلاثة دراهم، وهي أقل الجمع، من الدراهم التي يتعامل بها الناس في ذلك الزمان وذلك البلد. ولا يلزمه أكثر من ثلاثة إلا أن يبين أنه أراد ذلك. ولا تلزمه دراهم فضية إذا كانت أغلى إلا أن يبين أنه أرادها.

(١) لأن اللفظ محتمل لكل ما ينطلق عليه اسم «شيء» مما يتمول، فجاز تفسيره بأدنى ما ينطلق عليه ولو كان درهماً. فإن مات قبل أن يفسر كلامه، قيل للذي أقر له: بيِّنْه، فإن سمى شيئاً مما يُشبه أن يكون من تعامل الناس صدق فيه مع يمينه، فلو قال: أراد ألف دينار، والناسُ لا يتداينون إلا بالمئتين والمئة وما دون ذلك، لم يقبل قوله.

وإنما كان المرجع في البيان إليه؛ لأن حقه ثبت بإقرار الميت، فلم يجز إسقاطه بالإبهام، ولا سبيل إلى معرفته إلا من قول أحدهما أو غيرهما. أما قول غيرهما فهو أولى من قولهما، لو وجد بشرطه؛ لأنه شهادة. وأما قول المقر فمقدم على قول المقر له عند الاختلاف؛ لأنه غارم فكان القولُ قولَه في إنكار ما زاد على ما سماه. فلما تعذر معرفة قوله بالموت، كان قول المقر له غير معارَض بشيء، فوجب تصديقه مطلقاً، إلا أننا اشترطنا تقييده بما يشبه تعامل الناس؛ لأنه لو كان بخلافه، كان مُكذَّباً بالعرف، فكان مدعياً في الزيادة على ما يشبه، فلم يُقبل. والله أعلم.

بغيرِ ذلك كجذْعٍ أو بابٍ لم يُقبلْ[(١)].

وإذا قالَ: له عندِي أو في ذِمَّتِي مالٌ، ولم يبيِّنْ جنسَهُ ولا

(١) وفي هذه الجملة مسألتان:

الأولى: هل قوله: «من هذه الدار» كقوله: «في هذه الدار» في صيغ الإقرار؟ وذلك أن «مِن» تفيد في مثل هذه الجملة التبعيض نصّاً، و«في» تفيده احتمالاً مع احتمال الظرفية أيضاً. فمن قال: لفلان في هذه الدار شيء أو حق، احتمل أن يريد بذلك بعضاً شائعاً منها كالثلث والربع، أو معيناً كحجرة أو حمام، واحتمل أيضاً أن يريد به ما ليس منها، كجذع في سقفها أو باب في جدرانها، أو فرش فيها. فوقع الخلاف في المذهب لأجل ذلك، فقال ابن عبد الحكم: يقبل تفسيره لها بما ليس بعضاً من الدار، كباب أو جذع أو طعام أو ثياب موجودة فيها؛ لأن اللفظ يحتمله فجاز تفسيره به. والأصح أنه لا يقبل إلا بما يكون بعضاً منها. وهو آخر قولي سحنون. ووجهه: أن «في» في الإخبار بالحقوق مغلبة في معنى الاشتراك، ألا ترى أنه لو قال: له في هذه الدابة أو هذا العبد حق، لم يجز أن يفسره في الأول بسرجها أو لجامها، ولا في الثاني بثيابه أو نعله؟ فكذلك في الدار. ولأنه لو أراد ما ليس من الدار، لأغنى تجرد اللفظ عن ذكرها، وأجزأ أن يقول: له حق أو له شيء؛ لأن تخصيصه بالدار لا يزيد في الحكم شيئاً. فوجب لذلك أن يكون في زيادة قوله: «في الدار» زيادة في الحكم لا توجد بدونها، وهي الاشتراك أو البعضية.

الثانية: أن قوله: «من هذه الدار» لا يصح أن يفسر بباب أو جذع، ولو كانا قائمين غير مقلوعين؛ لأنهما ليسا من الدار، كما أن اللجام والسرج ليسا من الدابة. فإن قيل: إن الباب والجذع القائمين يدخلان في بيع الدار، بخلاف سرج الدابة ولجامها، قلنا: الباب والجذع المركبان لا بد منهما في الانتفاع بالدار، فدخلا في مشمولات العقد، بخلاف السرج واللجام.

مبْلَغَهُ، لزِمَهُ نصابُ الزَّكاةِ إلا أن يذْكُرَ أكْثرَ[(١)]. وفي قولِهِ: دراهِمُ أو

---

(١) فإن كان المقِر من أهل الذهب، لزمه وزن عشرين مثقالاً خالصاً، وإن كان من أهل الفضة لزمه وزن مئتي درهم خالصة، وإن كان من أهل الماشية، لزمه نصاب منها، وإن كان من أهل الزرع لزمه نصاب من الحب. ويلزمه الأدنى من ذلك إذا تعددت أصناف المواشي والحبوب.

وهذا الراجح من أقوال ثلاثة في المذهب. وقيل: يلزمه ما تقطع فيه يد السارق، وما يصح مهراً للمرأة في النكاح، وهو ما وزنه ربع مثقال من الذهب الخالص، أو ثلاثة دراهم من الفضة الخالصة. والقول الثالث: يلزمه ما يفسر به كلامه من قليل الأموال وكثيرها؛ لأن لفظ المال ينطلق على القليل والكثير مما يتمول من غير تقدير في اللغة ولا في الشرع.

ووجه القول بالتقدير في الجملة: أن الاستعمال غلب على تخصيص اللفظ بالشيء الكثير دون القليل، فإن من قال: إن فلاناً ذو مال، لم يفهم منه ملكه للدرهم والدرهمين، بل للشيء الكثير، كما قال سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه للنبي ﷺ: يا رسول الله، قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال.

فلما بان أنه يغلب في الاستعمال على الكثير، وجب الرجوع إلى شيء يعرف به الحد الأدنى للكثرة ليُلزم بها المقِر؛ لأن الأصل أنه بريء من الزيادة. فنظرنا فوجدنا أن الشرع اعتبر حد الكثرة بالنصاب في الزكاة وفي القطع في السرقة. فقلنا: إن هذا الحد يصلح أن يفسر به لفظ المقِر إذا قال: لفلان عليَّ مال. فوجه اعتبار نصاب القطع دون نصاب الزكاة، أنه أقل المقدارين فوجب الأخذ به؛ لأن الأصل البراءة من الزيادة. ووجه اعتبار نصاب الزكاة ظاهر قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣]. وقوله: ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ ﴿٢٤﴾ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾ [المعارج: ٢٤ ـ ٢٥]. فإن المال الذي تجب فيه الزكاة ما كان نصاباً أو زاد عليه. والله أعلم.

● فرع:

إذا قال: له عليَّ مال عظيم أو كثير، فهو بمنزلة قوله: مالٌ، على التجريد، فيما تقدم من الخلاف في المذهب.

بِضْعُ دراهِمَ، يلزَمُهُ ثلاثةٌ، وفي: دراهِمُ كثيرةٌ، أرْبعةٌ. وفي: بِضْعةَ عشَرَ، ثلاثةَ عشَرَ(١).

ويُحمَلُ الدِّرهمُ في ألفاظِ المقِرِّينَ على الدِّرهمِ المتعامَلِ بهِ، كان من الفضَّةِ أو من غيرِها، فإن كان التعامُلُ بغيْرِ الدَّراهِمِ حُملَ على الشَّرعِيِّ. وكذلك في الإقْرارِ بالدَّنانيرِ.

فَصْلٌ
في الاستثناء في الإقرار وتكرره

الاستثناءُ في الإقْرارِ مُفيدٌ في إخْراجِ ما كان في حيِّزِهِ من جُملةِ ما أقرَّ به قبلَهُ، كالطَّلاقِ والعَتَاقِ، وسواءٌ استثنَى الأقَلَّ أو النِّصفَ أو الأكْثرَ(٢). ويصِحُّ من غيرِ الجنْسِ الواحِدِ، كقولِهِ: له عليَّ ألْفُ

---

(١) أما لزوم الثلاثة في الإقرار بلفظ «الدراهم»، فلأنه لفظ جمع وأقله ثلاثة. وقال ابن الماجشون: يلزمه اثنان، وهو جارٍ على القول بأن أقل الجمع اثنان؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١]. فقد أجمع العلماء على أن المراد به هنا اثنان فما فوق. وعلى الأول إذا قال: «دراهم كثيرة» كان في ذلك زيادة على أقل الجمع، فلم يجز تفسيره بالثلاثة، حتى لا تخلو الصفة من الفائدة، وجاز بأي عدد أكثر منها، فيحمل على الأقل وهو أربعة لبراءة الذمة من الزيادة.

وأما لزوم الثلاثة في قوله: بضع دراهم، فلأن البضع يطلق على ما بين الثلاثة إلى تسعة، فلزمه الأقل لبراءته من الزائد.

(٢) فلو قال: له علي مئة إلا عشرة، لزمته تسعون. ولو قال: إلا خمسين، لزمته خمسون. ولو قال: إلا تسعين، لزمته عشرة. وفي قول ابن الماجشون: تلزمه مئة؛ لأن استثناء الأكثر عنده لغو. والصحيح الأول؛ لأن معنى الاستثناء أن يخرج من الكلام ما لولاه لدخل فيه، وهذا يصح في الكثير =

درْهمٍ إلا ثوْباً[١]. ويصِحُّ بما يُفيدُ معناهُ من غيرِ صيغتِهِ

= كما يصح في القليل، ليس بينهما من فرق إلا أنه يستقبح أو يقل استعماله في الكثير، وليس ذلك بمانع من تعلق الأحكام به.

• **تتمة في أحكام الاستثناء:**

وشرط إفادة الاستثناء أن يتصل بما قبله؛ لأنه جملة لا تستقل بحكمها بل يتوقف معناها على ما قبلها من الكلام. فإن فصل بينهما فاصل من سكوت أو كلام أجنبي، كان لغواً. ولا يضره العارض الذي لا خيار له فيه، كالعطاس والسعال.

ولا عبرة باستثناء نواه في قلبه، ولم ينطق به بلسانه أو نطق به نطقاً لم يسمعه غيره؛ لأن الاستثناء من جملة الإقرار، فوجب أن يكون صريحاً مسموعاً كجملة المستثنى منه.

وإذا كان الاستثناء مستغرِقاً لجميع ما أقر به، كما لو قال: له علي ألف إلا ألفاً، أو إلا ألفين، كان لغواً ولزمته الألف.

وإذا تعدد الاستثناء في جملة واحدة، كان لكل واحد حكمه في إخراج ما تناوله مما قبله. فلو قال: له علي عشرة إلا أربعة إلا اثنين إلا واحداً، لزمته سبعة، بإخراج الواحد من اثنين، فيبقى واحد يخرج من أربعة، فتبقى ثلاثة تخرج من عشرة، فتبقى سبعة.

(١) ولا فرق بين أن يكون المستثنى من المقومات، كما مثلنا في استثناء الثوب من ألف درهم، أو من المثليات كالمكيلات والموزونات والمعدودات، كما لو استثنى منها عشرة أقفزة من الحنطة أو عشرة كيلو من اللحم، أو عشرة دنانير. ثم تطرح قيمة الثوب من الألف درهم، فما بقي كان هو المقَر به. وفي الحنطة واللحم يطرح ثمنهما، وفي الدنانير يطرح ما يخرج من صرفها بالدراهم.

وإنما جاز الاستثناء من غير الجنس في كلام المقرين؛ لأنه جائز في لغة العرب وورد به القرآن العزيز؛ قال تعالى: ﴿وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَٰٓئِكَةِ ٱسْجُدُوا۟ لِءَادَمَ فَسَجَدُوٓا۟ إِلَّآ إِبْلِيسَ﴾ [البقرة: ٣٤]. وإبليس من الجن. =

الموضُوعَةِ لهُ[١].

وإذا وُجِدتْ وثيقتَانِ، في كُلٍّ منهما إقْرارٌ من رجُلٍ لآخَرَ بمِئَةٍ، لزمتْهُ المِئتَانِ، ولو أقرَّ له في مجْلسٍ بمِئةٍ، وفي آخَرَ بمِئةٍ، لم تلزمْهُ إلا مِئةٌ[٢].

= وقال الشاعر:

وبــلــدةٍ لَـيــسَ بِــهِ أَنــيــسُ   إِلّا الـيَـعـافـيـرُ وَإِلّا الـعـيـسُ

فنفى أن يكون بها أحد من الناس يؤنس به، ثم استثنى ظباءها وإبلها.

وقال الآخر:

وَقَـفْـت بِـهَـا أُصَـيْـلَانـاً أُسَـائِـلُـهَـا   عَـيَّـتْ جَـوَاباً وَمَا بِـالرَّبْعِ مِنْ أَحَدِ

إِلَّا الْأَوَارِيَّ لَأْيـاً مَـا أُبَـيِّـنُـهَـا   وَالنُّؤْيُ كَالْحَوْضِ بِالْمَظْلُومَةِ الْجَلَدِ

أراد: وما بقي بذلك الموضع أحد ممن كان يقيم فيه، إلا الآثار التي كنى عنها بالأواري وهي مرابط الدواب.

(١) وهي التي تكون بإلا وأخواتها المذكورة في كتب النحو، كعدا وخلا وحاشا، وسوى. فيجوز أن يقر الإنسان إقراراً يصله بجملة تستثني منه بعضه، من غير أن يستخدم واحداً من الألفاظ المذكورة، إذا كان معناه متضحاً، كما لو قال: لفلان هذه الدار ولي ربعها، أو الحجرة الفلانية منها. وكقوله: له هذا الكمبيوتر ولي شاشته.

(٢) ومعنى هذه الجملة أن الإقرار إذا تكرر في مجلسين حمل على التأكيد، وإذا تكرر في صكين حمل على التعدد، فيلزم المقر مجموع ما في الصكين في قول ابن القاسم وأصبغ. ووجه الفرق بينهما: أن توثيق الحقوق بالكتابة لا يكون في مجاري التعامل إلا مرة واحدة، فإذا وجدت وثيقتان تتفق معلوماتهما في الشيء المقر به والشخص المقر له، فهما في الحكم حقان مختلفان تساويا في القدر. ولا يمتنع أن يقترض رجل من رجل مئة، ثم يقترض منه مئة مثلها، أو يشتري منه متاعاً بمئة إلى أجل. وليس كذلك الأمر في الإقرار اللفظي، فإن الإنسان قد يسأل في مجالس مختلفة عما إذا =

فَصْلٌ
في الاستلحاق وهو الإقرار بالنسب

الإقْرارُ بالنَّسبِ لا يُقْبلُ إلا ممَّن ادَّعَى في مجهُولٍ نسبُهُ، أنه أبُوهُ. فلا يُلحقُ بمن يدَّعِي أنه جدُّه أو أخُوهُ، ولا بمن تدَّعِي أنها أُمُّه أو جدَّتُهُ أو أخْتُهُ[١].

= كان بينه وبين فلان تعامل، فيجيب بما يفيد أن له عليه مئة، إلا أن يذكر أسباباً مختلفة، فيقول في مجلس: له علي مئة من بيع، وفي آخر: من قرض، فيلزمه مئتان. ولأن صك المداينة له حكم العين المالية في كثير من فروع المذهب، فإذا تعدد كان كتعدد أعيان مال متحد في الجنس. ومن تلك الفروع: أن من وهب ديناً موثقاً بوثيقة، فحيازته أن يدفع الوثيقة إلى الموهوب له، ويُشهد له بالهبة. ولو كان لرجلين دين مشترك بينهما من بيع أو قرض أو سبب آخر، وكان موثقاً في وثيقة واحدة، فإن ما اقتضى أحدهما من ذلك الدين من شيء دخل فيه الآخر. وروى ابن القاسم في «المدونة» عن مالك أنه قال له: كل ذِكْر حق كان لقوم بكتاب واحد، فاقتضى بعضهم دون بعض، فإن شركاءهم يدخلون معهم فيما اقتضوا، وإن كان لكل إنسان منهم ذِكْر حق على حدة، وكانت صفقة واحدة، فإن من اقتضى شيئاً من حقه لا يدخل معه الآخر في شيء.اهـ. **ذِكر حق**: الصك، والجمع ذكور حق، وقيل: ذكور حقوق.

(١) هذه الجملة تفيد أن موضوع الاستلحاق أو الإقرار بالنسب، له اختصاص من جانبين؛ جانب المستلحِق وجانب المستلحَق.

ففي جانب المستلحِق:

يختص بمن يدعي الأبوة دون غيره ممن يدعي صلة قرابة أخرى، كالجدودة والأخوة والأمومة. فمن ادعى في شخص مجهولٍ نسبُه أنه أبُوه، لحق به؛ لأنه ليس بإقرار بمال، ولا تصرف فيه، فَقُبِل، كإقراره بالحد والطلاق. وإذا ثبت النسب، لزمته أحكام الولد الثابتِ نسبُه، من النفقة والميراث وحرمة المصاهرة؛ لأن ذلك حصل ضمناً لما صح منه. ولا فرق =

....

= بين أن يكون المدَّعى ذكراً أو أنثى، صغيراً أو كبيراً يمكن أن يكون ولداً للمدَّعي، حرّاً حرية أصلية أو عتيقاً من رق سابق، أو عبداً مملوكاً لغيره.

ومن ادعى أنه أخوه لم يقبل قوله إلا ببينة؛ لأن الرجل إنما يُصدّق في إلحاقِ ولد بفراشه لا في إلحاقه بفراش غيره. وقد يعترض على هذا بأن النبي ﷺ حكم لعبْدِ بن زمعة بأخوة ابن وليدة أبيه، حين اختصم فيه هو وسعد بن أبي وقاص، إلى النبي ﷺ، فقال سعد: يا رسول الله؛ ابنُ أخي قد كان عهد إلي فيه. وقال عبدُ بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه. فقال رسول الله ﷺ: «**هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ**». الحديث بطوله أخرجه مالك والشيخان عن عائشة أم المؤمنين. والجواب عنه: أن القصة لا تدل على جواز استلحاق الأخ؛ لأن النبي ﷺ إنما حكم حُكماً بيَّن فيه بطلان النسب من الزنى في قوله: «**الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ**». وذلك أن عتبة إنما نسبه إلى نفسه من معاهرة وليدة زمعة، وكان ذلك أمراً معروفاً عندهم في الجاهلية، فلما أبطل الإسلام ذلك بقول النبي ﷺ: «**الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ**»، بطلت دعوى سعد ومنازعة عبدٍ فيه، فسلِمَ له وكان حائزاً له بسبب صحيح، وهو كونه ابناً لمن هي فراش لأبيه زمعة. وكذلك الحكم في كل امرأة متزوجة لو زنى بها رجل، فولدت ولداً يحتمل أن يكون من الزاني، فإنه لا ينسب إليه أبداً، وينسب إلى زوجها أبداً إلا أن ينفيه بطريق اللعان. فبهذا يتبين أن قوله ﷺ: «**هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ**» ليس حكماً لعبد بن زمعة بابن وليدة أبيه، بناء على إقراره به، بل لكونه ولداً لفراش زمعة. والله أعلم.

والجد كالأخ. فمن قال: هذا ابن ابني، أو ابن ولدي، لم يحكم له به في مشهور المذهب. وقال أشهب: يحكم له به كالأب. أما لو قال: أبو هذا الغلام أو والده ابني، فإنه يصدق قولاً واحداً؛ لأنه أقر بنسب ولدٍ مباشِر.

وكذلك لا يقبل استلحاق الأم. قال ابن رشد في كتاب الاستلحاق من «البيان»: لا اختلاف أعلمُه، أن المرأةَ لا يجوز لها استلحاق ولدها، بخلاف الأب؛ لأن الولد إنما ينتسب إلى أبيه لا إلى أمه. والأصل في ذلك =

....

= قول الله ﷻ: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ﴾ إلى قوله: ﴿وَمَوَٰلِيكُمۡۚ﴾ [الأحزاب: ٥]. ولولا ما أحْكَمَ الشرعُ من هذا، لكان نسبةُ الرجل إلى أمه أولى من نسبته إلى أبيه؛ لأنها أخص به من أبيه؛ لأنهما اشتركا بالماء، واختصت هي بالحمل والوضع دونه. وهذا أصل في أن الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر، لا لصاحب الأرض. اهـ.

وفي جانب المستلحَق:

يختص بمن يكون نسبه مجهولاً حين استلحاقه. فلا يجوز لأحد استلحاق من كان نسبه ثابتاً معلوماً من غيره؛ لأن ذلك يقطع نسبه، وقد أوعد رسول الله ﷺ من انتسب إلى غير أبيه وهو يعلم، بالحرمان من الجنة. وقال تعالى: ﴿... وَمَا جَعَلَ أَدۡعِيَآءَكُمۡ أَبۡنَآءَكُمۡۚ ذَٰلِكُمۡ قَوۡلُكُم بِأَفۡوَٰهِكُمۡۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلۡحَقَّ وَهُوَ يَهۡدِي ٱلسَّبِيلَ ۝٤ ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ فَإِن لَّمۡ تَعۡلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمۡۚ﴾ [الأحزاب: ٤ ـ ٥]. والآية نص في إبطال التبني الذي كان الناس يفعلونه في الجاهلية، وهو استلحاق نسب ولد يعلم الذي استلحقه أنه ليس ولداً له. فلا يحل لأحد أن يتبنى يتيماً أو لقيطاً لا يعرف من أبوه، أو معروفاً أنه من زنى، ولو فعل ذلك بقصد كفالته والحنو عليه؛ إذ كان له أن يكفله ويحنو عليه، من غير أن ينسبه إلى نفسه.

● **فرع في نسب ولد الزنى:**

ولد الزنى ينسب إلى أمه سواء أكرهت على الزنى والحمل به أم لا؛ لأن النسب في جانبها يتبع الولادة، قال تعالى: ﴿إِنۡ أُمَّهَٰتُهُمۡ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدۡنَهُمۡۚ﴾ [المجادلة: ٢]. فلها عليه حق الأمومة من البر والنفقة والتحريم، وسائر ما للأمهات على أولادهم. أما الزاني الذي أولدها، فلا يلحقه نسب الولد منه، وإن كان تخلق من مائه؛ لقوله ﷺ في الحديث السابق: «**الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ**». قال ابن عبد البر في «التمهيد»: فنفى أن يلحق في الإسلام ولد الزنى، وأجمعت الأمة على ذلك نقلاً عن نبيها ﷺ. وجعل رسول الله ﷺ كل ولد يولد على فراش لرجل، لاحقاً به على كل حال إلى أن ينفيه بلعان =

وشرْطُ صحَّةِ الاستلْحاقِ: أن لا تُكذِّبهُ العادةُ ولا الشَّرْعُ(١). وإذا كذَّبهُ المستلحَقُ لم يُلتفتْ لقولِهِ ولو كان كَبيراً، وأوْلَى إذا كذَّبهُ غيرُه من ذوِي قرابَةِ المستلحَقِ(٢).

= على حكم اللعان. وقال كذلك: وأجمعت الجماعة من العلماء؛ أن الحرة فراش بالعقد عليها مع إمكان الوطء وإمكان الحمل، فإذا كان عقد النكاح يمكن معه الوطء والحمل، فالولد لصاحب الفراش لا ينتفي عنه أبداً بدعوى غيره ولا بوجه من الوجوه إلا باللعان. ثم قال: واختلف الفقهاء في الأمَة، فقال مالك: إذا أقر بوطئها صارت فراشاً، فإن لم يدع استبراء لحق به ولدها، وإن ادعى استبراء حلف وبرئ من ولدها يميناً واحداً.

(١) ومثال ما تكذبه العادة من دعاوى الاستلحاق: أن يدعي رجل أن فلاناً ولده، لمن يكبره أو يساويه في السن، أو يصغره بسنين قليلة لا يولد في مثلها للإنسان عادة. وكذلك إذا علم أن المدعي لم يتقدم له نكاح قط؛ لأن الولد لا يكون إلا من نكاح في العادة.

ومثال ما يكذبه الشرع: أن يدعي رجل نسب شخص معروف بين الناس أنه ابن غير ذلك المدعي.

• **فرع في استخدام البصمة الوراثية في الاستلحاق:**

ما دام الإنسان يصدق في دعوى الاستلحاق بمجرد قوله، ولا يحتاج إلى بينة تثبت صحة دعواه؛ لتشوف الشارع إلى إلحاق الأنساب وليس إلى قطعها وإبطالها، فلا يجوز استخدام فحص البصمة الوراثية للتحقق في دعاوى الاستلحاق أو الإقرار بالنسب، وأولى في دعاوى التحقق من نسب الذين ثبت نسبهم من آبائهم قبل ذلك؛ إذ لا يحل لأحد أن ينفي نسب ولده إذا ارتاب في ذلك إلا بطريق اللعان. والله أعلم.

(٢) وجملة القول في هذه المسألة: أن من أقر بنسب شخص إقراراً صحيحاً، لا يعارضه شرع ولا عرف، فإن نسب المستلحَق يثبت بذلك من الذي أقر به، ويصير ولداً شرعيّاً له كسائر أولاده، سواء كان المستلحَق حرّاً =

ومن أقرَّ بنسَبٍ من غيرِ الأبِ، كالأخِ والعمِّ، لم يُقبلْ إقْرارُهُ في النَّسبِ، ولا يرِثُهُ إن كان له وَارِثٌ حائزٌ لجميعِ المالِ، وإن لم يكُنْ حائِزاً دخلَ المقَرُّ بهِ في الفضْلَةِ(١).

= أو عبداً، صغيراً أو كبيراً. قال ابن عبد الغفور في كتاب «الاستغناء»: قال ابن القاسم وغيره: إذا أقر الرجل بابن جاز إقراره، ولحق به صغيراً كان أو كبيراً، أنكر الابن أو أقر.اهـ. أما الصغير؛ فلأنه لا يعتد بقوله في تصديق الذي استلحقه أو تكذيبه، فإذا أنكره بعد كبره، لم يلتفت إليه أيضاً؛ لأنه أنكر شيئاً قد ثبت قبل أن يُنكره وصار معروفاً. وأما إذا استلحقه وهو كبير فكذبه، فكذلك لا يلتفت إلى قوله؛ لأنه في معنى قوله: أنا ابن رجل آخر، فلا يقبل قوله إلا ببينة، لما ثبت أن الإقرار بالنسب لا يُقبل بغير بينة إلا في الأب في ابنه. ولأن المستلحِق يدعي شيئاً هو مصدق فيه، وهو الوطء الذي هو سبب الولادة، والمستلحَق يدعي نفيه، فعليه البينة.

وكذلك الحال في إنكار أم المستلحَق. فإذا ادعى رجل نسب شخص مجهول النسب من جهة الأب، فقامت أمه فكذبته، لم يسمع تكذيبها ولو لم يُعلم أنها كانت في يوم ما زوجة للمستلحِق، في مشهور المذهب؛ لاحتمال أن يكون قد وطئها بشبهة نكاح فيلحق نسبه به لذلك. وقال سحنون: لا يلحق به إذا لم يتقدم له نكاح ولا ملك يمين. ووجهه: أن إقراره في معنى ادعاء وطئه إياها وطئاً يُلحق فيه الولد به، وذلك لا يكون إلا في نكاح أو ملك أو شبهة منهما، وهي تنكر ذلك، فكانت مصدقة لكون الظاهر في جَنَبتها.

(١) ومعنى هذا أن الإقرار بالنسب من غير الأب، وإن كان غير مقبول في ثبوت النسب، إلا أن له أثراً في الميراث في الجملة. فمن زعم أن فلاناً أخوه، لم يكن أخاً له بذلك، ثم إن كان له وارث يحوز جميع المال، كأن يموت عن إخوة رجال ونساء، لم يشترك المقَر به معهم في الميراث؛ لأن إقرار مورثهم لا يجوز أن يكون سبباً في إدخال الضرر عليهم. وإن لم يكن له وارث إطلاقاً، أو كان ولكنه غير حائز لجميع المال، كما لو مات عن أخوات =

وإذا أقرَّ أخوانِ عدْلانِ بثالثٍ، بعد موْتِ أبِيهما، ثبتَ نسبُهُ منه، فيرِثُ منه كواحِدٍ منهُما[١]. فإن لم يكُونَا عدْلينِ، لم يثبُتْ نسبُهُ، وورِثَ من حصَّتيْهِما ما نقَصَهُما بسببِ الإقْرارِ، وكذلك الحُكمُ في سائرِ من أقرَّ بهِ من الورَثَةِ[٢].

= أو بنات، فإن المقَر به ينفرد بالمال في الحالة الأولى، ويأخذ ما فضل منه بعد ذوي الميراث المعروفين في الحالة الثانية، في الراجح من قولين في المذهب. والقول الثاني: لا يستحق شيئاً كما لو لم يقر به، حتى وإن لم يكن للمقِر وارث يرث شيئاً من المال.

(١) لأن إقرارهما ليس إقراراً وإنما هو شهادة؛ لأنه حمل للنسب على الغير، فجازت بشرطها وهو كمال نصاب الشهادة مع عدالة الشهود، فتثبت جميع أحكام النسب للذي أقرا به، ومنها الميراث.

(٢) أما عدم ثبوت نسبه؛ فلأن قولهما لا يخلو أن يكون إقراراً أو شهادة. فإن كان إقراراً لم يقبل؛ لما تقدم من أن ذلك يختص بالأب وحده. وإن كان شهادة، لم يقبل أيضاً؛ لأنهما إن لم يكونا عدلين معاً فشهادتهما مردودة، وإن كان أحدهما عدلاً دون الآخر، فكذلك لأن نصاب الشهادة لم يكتمل.

وأما استحقاقه لما نقصهما من حصتيهما بسبب الإقرار؛ فلأن الإقرار حجة قاصرة فلا تلزم إلا صاحبها، وهذان قد أقرا له بالميراث، فجاز قولهما على أنفسهما في حصتيهما، ولم يجز على غيرهما من الوارثين. قال مالك في «الموطأ»: الأمر المجتمع عليه عندنا في الرجل يهلك وله بنون، فيقول أحدهم: قد أقر أبي أن فلاناً ابنه؛ أن ذلك النسب لا يثبت بشهادة إنسانٍ واحدٍ، ولا يجوز إقرار الذي أقر إلا على نفسه في حصته من مال أبيه، يُعطى الذي شهد له قدرَ ما يُصيبه من المال الذي بيده. ثم أوضح مالك ذلك بمثال من مات وترك ابنين، وستمئة دينار، فيكون لكل منهما ثلاثمئة. فإذا شهد أحدهما أن أباه أقر أن فلاناً ابنه، أعطاه من حصته مئة دينار، وهي نصف =

....

= ميراث المستلحَق فيما لو ثبت نسبه. فإن أقر الآخر بمثل ما أقر به الأول، أعطاه من حصته مئة أخرى، فيستكمل مئتين، كأخ ثابت النسب.

ومثال آخر: لو مات رجل عن أم وأخ، فأقرت الأم بأخ ثان للميت، فإن صدقها الأخ الثابت كان لها السدس فرضاً لتعدد الإخوة، ولهما الباقي تعصيباً. وإن لم يصدقها، كان لها السدس أيضاً فرضاً؛ لأنها أقرت بتعدد الإخوة، وكان للذي أقرت به ما نقصها عن الثلث وهو السدس، وللآخر الباقي بعد الثلث تعصيباً. ولو مات عن أم وأخوين أو أكثر، فأقرت بأخ آخر، لم يكن له شيء في حالتي الإقرار والإنكار؛ لأن فرضها لا يتغير بإقرارها ولا ينقص عن السدس، ولا يجوز أن يدخل الضرر على الأخوين الثابتي النسب، فينقصهما عن خمسة أسداس المال. والله أعلم.

فهرس الموضوعات

الموضوع الصفحة

الموضوع — الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع	الصفحة

